دكتور طلبة وهبة خطاب
أستاذ القانون المدني المساعد
بكلية الحقوق جامعة عين شمس
معار بجامعة الملك سعود بالرياض

أحكام الالتزام

بين

الشريعة الإسلامية والقانون

دراسة مقارنة

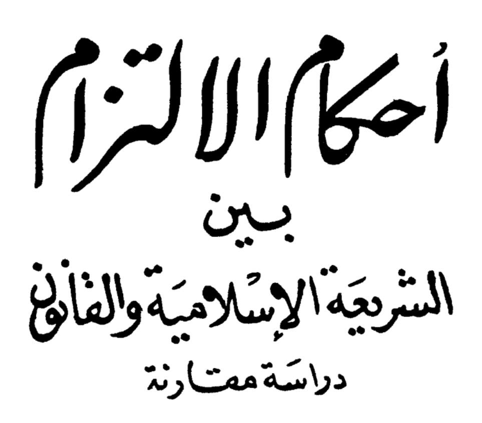
الطبعة الأولى

ملتزم الطبع والنشر

دار الفكر العربي

١١ جواد حسني - القاهرة

دكتور طلبة وهبة خطاب
أستاذ القانون المدني المساعد
بكلية الحقوق جامعة عين شمس
معار بجامعة الملك سعود بالرياض



الطبعة الأولى

ملتزم الطبع والنشر

دار الفكر العربي
١١ جواد حسني - القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

« ثم جعلنـــاك على شريعـــــة من الأمـــر فاتبعهـــا
ولا تتبـــع أهـــواء الذين لا يعلمـــون » ..

(صـــدق الله العظيم)

آية رقم (١٨) من ســـورة الجاثيه

بسم الله الرحمن الرحيم

مقـــــدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف الأنبياء والمرسلين ، سـيدنا محمد خير الخلق أجمعين ، وعلى آله وصحبه ومن اتبع هـداه الى يوم الدين ٠

وبعـــــــد ٠٠

فالحاصل أن نظرية الالتزام تضم بين رحابها القواعـد العامة والأساسية التى تحكم الالتزام بصفة عامة أو الالتزامات بوجـه عام اذا شئنا الدقـة ٠ وهـذا مصـدر أهميتها ٠ اذ تتضمن ، على هـذا النحـو ، الأسس التى تقـوم عليها المعاملات فى الشريعة والقانون ٠

وهـذه دراسـة لأحكام الالتزام ، رأينا أن تكون على سبيل المقارنه بين القانون الوضعى وما خلص اليه فقهاء الشريعة الاسلامية الغراء ٠ فمـا احـوجنا فى هـذه الحقبة الى هـذا النوع من الدراسة المقارنة ٠

قـد يقـال ، أن فقـه الشريعة الاسـلامية لم يعرف ما أسماه الفقـه القانونى « بنظرية الالتزام » ٠ والرد على ذلك لا يحتـاج الى عناء ٠ فالمعروف ، أن الفقه الاسلامى لم يبن على النظريات ، لأن فقهاء المسلمين الأوائل قـد درجـوا على استخلاص الأحكام الفردية لأحـوال الناس ، واقتصروا على الفروع والجزئيات دونما اهتمام باستخلاص النظريات(١) ٠

واذا أمعنا النظر فى فكرة الالتزام فى الشريعة الاسلامية ــ ولم تعـدم وجودها فيها ــ لاحظنا أن الالتزام يتناول عـددا من الروابط تتمايز بموضوعاتها وأحكامها تمايزا لم ير معه فقهاء هـذه الشريعة الغراء ادماجها فى وحـــدة تنتظمها جميعا ويكون لهـا اسم خاص يدل عليها ، على الرغم من اشتراكها فى بعض الأحكام ٠ ذلك أن اشتراكها فى بعض الأحكام يصاحبه اختلاف فى كثير منها ٠ وازاء هـذا الاختلاف كانت القناعة ببيانها متفرقة مـع بيان حكم كل

---

(١) راجـع ، عبد الفتاح عبد الباقى ، مصادر الالتزام فى قانون التجارة الكويتى ، جامعة الكويت ، ١٩٧٦ ، ص ١٩ ــ ٢١ ٠

رابطــة منها . وعلى الرغم من ذلك فانه لم يكن متعــذرا جمع كثير من هــذه الأحكام المشتركة فى اطار ما يمكن أن نطلق عليه نظرية الالتزام فى الفقـــه الاســــــــــلامى .

وتأسيسا على ما سلف ، يمكننا القــول بانه ولئن كانت نظرية الالتزام – باعتبارها بنيانا يضم القواعــد العامة والأساسية التى تعالج موضـــوع الالتزام وتنبىء عن تصـــور كامل له – هى نظرية وضعية نصـــا وفقها ، فانه لا يمكننا أن نهمل ما تنطـوى عليه بطـون كتب فقهاء الشريعة السمحاء من احكام بشأنها وهى كثيرة .

هــذا ، وقــد واكب دراستنا هــذه أمران غاية فى الأهمية . ان كان لهما من دلالة فانها الاتجاه صوب وضع الأمور فى نصابها الصحيح بتطبيق شريعة الله . الأمر الأول ، وقــد واكب دراستنا منذ البداية وهو صدور التقنين المدنى للجــديد فى الكويت ، وقــد استمدت أحكامه من الفقــه الاسلامى . ولذا فقــد اتخــذناه ركيزة للمقارنة سالفة الذكر . ولم لا ويعــد بذلك أحــدث التقنينات المدنية العربية التى استوحت أحكامها من شريعة الله . أما الأمر الثانى ، وقــد واكب دراستنا فى نهايتها ويتمثل فى ظهــــور مشروع تقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المــالية فى مصر . وقــد اتخــذناه ايضا ركيزة من ركائز المقارنة موضوع دراستنا . ولا ينبغى أن يغيب عنا فى هــذا الصــدد ، التقنين المدنى المصرى ركيزة ثالثة . هــذا التقنين الذى استمد منه التقنين المدنى الكويتى كثيرا من أحكامه ، وهــذه حقيقة .

وعلى للرغم ممــا تؤدى اليه هــذه الحقيقة من أن التقنين المدنى الجــديد فى الكـــويت لا يختلف كثيرا فيما جـــاء به من أحكام – مصــدرها الشريعة الاسلامية – عن التقنين المدنى المصرى الحالى ، فلا يفــوتنا أن نبرز مقــدما وبصورة اجمالية ما بينهما من اختلاف . ومن هنا فاننا لا نتردد فى القــول – وعلى سبيل المثال – بأن النصوص المتعلقــة بالفــوائد فى الثانى انمــا تمثل موقعــا اساسيا لاختلافه الجــوهرى عن الأول . اضافة الى اختلافهما بخصوص أحكام التقادم (مرور الزمن) . هــذا الى جانب مواقــع أخرى للاختلاف لسنا بسبيل التعرض لهــا الآن . وفى الحــق ، فان نتيجة على جانب عظيم من الأهمية تترتب على كل ذلك مؤداها : أن التقنين المدنى المصرى الحالى لا يختلف فى احكامه عن الشريعة الاسلامية ، اللهم الا تلك الأحكام المتعلقــة بالفــوائد وأحكام التقــادم . اضــافة الى أحكام عقــد التامين ولا تقر الشريعة الاسلامية منهــا – كما هــو معروف – الا ما يتعلق بالتامين التعاونى . والقيمة الحقيقية لهــذه

النتيجة فى نظرنا تظهر جلية مع الانتهاء من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية فى مصر • اذ كان يكفى أن نلغى أو نعدل من أحكام القانون المدنى المصرى ما يخالف حكم الشرع الاسلامى •

وعلى اية حال ، فاننا سوف نجعل من التقنين المدنى الكويتى أساسا فى دراستنا هذه ، ونكتفى بالنسبة للتقنين المدنى المصرى الحالى بمجرد الاشارة الى النص المقابل منه لنظيره الكويتى فى حالة الاتفاق فى الحكم • ومن ثم فاننا سوف نتناول بالتفصيل النص المدنى المصرى حال اختلاف حكمه عن نظيره الكويتى وبعدهما نبرز موقف مشروع تقنين أحكام الشريعة الاسلاميه فى المعاملات المالية فى مصر حسبما تقتضيه دراستنا نمطا وأسلوبا • كل ذلك مع المقارنة بأحكام الفقه الاسلامى • وعلى صعيد هذا الفقه ، ينبغى ألا يغيب عن البال أكثر من محاولة لتقنين أحكامه • أولاها مجلة الأحكام العدلية • وثانيتهما كتاب مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان لمحمد قدرى باشا • وأحدثها جميعا مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد ابن حنبل الشيبانى للشيخ عبد الله القارى • وقد صدرت مؤخرا بالمملكة العربية السعودية •

ولما كان احد قطبى المقارنة التى نحن بصددها النظام المدنى الوضعى من جهة والقطب الآخر هو الفقه الاسلامى من جهة اخرى وكان لكل منهما ذاتيته وبناؤه المستقل ، فان من الطبيعى أن نصادف بعض الأحكام التى توجد فى الأول ولا توجد فى الثانى ، ودون أن يقلل ذلك من شأن الفقه الاسلامى • فمثل هذا التباين والاختلاف مألوف فى كل دراسة مقارنة •

واخيرا ، نرجو أن تكون دراستنا هذه حاديا لنا ولغيرنا الى مزيد من تعميق شتى جوانبها المختلفة وحواشيها المتعددة ، فالحاجة ملحة الى مثل هذه الدراسات المقارنة ، احياء لشريعة الله وابرازا لعظمة الصرح الذى شيده فقهاؤها شامخا ، والله الموفق الى ما فيه الخير والرشاد •

موضوعات الدراسة وخطة البحث :

ان النهج المنطقى لسرد الأحكام التى تضمها نظرية الالتزام فى رحابها يقتضى السير مع هذا النظام القانونى (الالتزام) فى مراحل حياته من ميلاده حتى مماته • فنواجه أولا الالتزام فى نشأته ببيان مصادره ودراستها ، وثانيا الالتزام فى حياته وما يرتبه خلالها من اثار . وما يلحق به من أوصاف وما يمكن أن يطرأ من تغير فى أطرافه بالانتقال • وثالثا الالتزام فى مماته أى انقضائه •

ولما كانت دراستنا تنحصر فى أحكام الالتزام ، ونعنى بها القواعد التى تحكم الالتزام فى ذاته بعد نشوئه صحيحا - بقطع النظر عن مصدره - حتى انقضائه فان المرحلة الأولى تخرج عن نطاق هذه الدراسة ليكون موقعها ضمن مصادر الالتزام ٠

وفى ضوء ذلك ، يمكننا أن نحدد - وعلى وجه الاجمال - دراستنا لأحكام الالتزام على المعنى المتقدم لها بأنها تشمل الالتزام فى حياته أولا ومن حيث مماته ثانيا ٠

فى نطاق المرحلة الأولى ، وبعد أن يولد الالتزام صحيحا بنشوئه من مصدره ، تترتب آثاره ، واذا كان الأصل فى الالتزام أثناء ذلك أن يكون بسيطا ومنجرا أى على معنى أن يتجسد فى رابطة بين دائن واحد ومدين واحد يلتزم بأداء واحد ، هذا من ناحية وان يكون واجب التنفيذ فور نشوئه من ناحية أخرى فانه قد يلحق به وصف يعدل فى هذا التنجيز أو تلك البساطة ٠

بيد أن ذلك كله لا يؤثر فى جوهر الالتزام ٠ هذا الجوهر الذى تحول من النظرة الشخصية ، والالتزام فيها لا ينفك عن شخص طرفيه ، الى نظرة مادية يختلط فيها الالتزام بمحله حيث القيمة الاقتصادية له(١) ٠ ونعنى بالمحل الأداء الذى يتعين على المدين أن يقوم به لصالح الدائن ٠ والفارق بين النظرتين ان الالتزام فى الأولى رابطة شخصية ومن ثم لا يتصور بقاء الالتزام مع تغير طرفيه أو أحدهما ٠ اما فى الثانية والعبرة فيها بالأداء ، فانه يتصور بقاء الالتزام على الرغم من تغير طرفيه أو أحدهما ، ٠ فمن الجائز انتقال الالتزام من ناحيته الايجابية أو السلبية ٠

والخلاصة ٠٠ أن الالتزام فى هذه المرحلة يرتب آثاره وقد تلحقه أوصاف ويمكن أن ينتقل أو يتحول ٠

---

(١) راجع :

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.) :

" Droit civil ". t. 2., VOL, 1

" Les obilgation " Paris, 1962.

N. 549, P. 595 — 596.

اما فى نطاق المرحلة الثانية ، ونواجـه فيها الالتزام من حيث ممـاته فأننا نتناول أسباب انقضـاء هـذا الالتزام ٠

فى ضـوء ما تقـدم ، نقسم دراستنا الى أربعـة أبواب :

الباب الأول : فى آثار الالتزام ٠

الباب الثانى : فى الأوصاف المعـدلة للالتزام ٠

الباب الثالث : عن انتقال الالتزام ٠

الباب الرابع : ونخصصه لانقضاء الالتزام ٠

الباب الأول

آثار الالتزام

١ ـ تمهيـد وتقسيم :

يقصـد بآثار الالتزام ، ما يترتب عليه من نتائج قانونية • وتبعا لذلك فان الأثر الجـوهرى للالتزام ـ بعـد نشوئه صحيحا من مصـدره ـ هـو تنفيذه ، او على وجـه الدقـة وجوب تنفيذه • والاصل أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه مختارا • ولكن أن يمتنع عن ذلك ، فان امتناعا مثل هـذا يكون مدعاة لكى يلجـأ الدائن الى اجباره على التنفيذ • وفى الحالين ، اما أن ينصب التنفيذ على ذات الالتزام أو عينه ، بأن يؤدى المدين عين ما التزم به ويطلق عليـه التنفيذ العينى جبرا أو اختيارا ، واما أن يتم التنفيذ عن طريق الزام المدين بأداء تعـويض للدائن بدلا عن تنفيذ التزامه عينا ، ويطلق عليه التنفيذ بمقابل او عن طريق التعـويض ، جبرا كان او اختيارا هـو الآخر •

اذن لا يصح الخلط بين التنفيذ العينى والتنفيذ الجبرى واعتبارهما شيئا واحـدا(١) • وخلاصة ذلك كله ، والأثر الجـوهرى للالتزام هـو وجـوب تنفيذه ، فان التنفيذ يأخـذ صـورة من اثنتين من حيث كيفية وقـوعه •

الأولى : التنفيذ الاختيارى • L'exécution volontaire

الثانية : التنفيذ الجبرى • L'exécution forcé

وحال وقـوع التنفيذ بالكيفية السابقة فانه يتخـذ ـ وبحسب مضمون الأداء فيه ـ صـورة من اثنتين أيضا :

الأولى : التنفيذ العينى • L'exécution en nature

الثانية : التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض •
L'exécution par équivalent.

---

(١) السنهورى ، الوسيط ، الجزء الثانى ، دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٥٦ ، رقم ٣٨١ ، ٣٨٢ ، ص ٧١٨ ـ ٧١٩ •

وأيا كانت صـورة التنفيذ ، فان الدائن يمكنه أن يستعين بعـدة وسائل تضمن وقـوعه • وعلى أية حال ، فانه لمـا كان التنفيذ الاختيارى للالتزام ، عبارة عن الوفاء به ، فان الوفاء يعـد - على هـذا النحـو - أثرا للالتزام ، وبنفس القـدر أيضا يعـد سببا لانقضائه • ومن ثم تقـع دراسته فى للباب المخصص لانقضاء الالتزام •

وفى ضـوء ذلك ، تنقسم دراستنا فى هـذا الباب الى الفصول الآتية :

الفصل الأول : التنفيذ العينى •

للفصل الثانى : التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض •

للفصل الثالث : فى وسـائل ضمان التنفيذ •

الفصـــل الأول

التنفيذ العينى

L'EXÉCUTION EN NATURE

٢ ـ تمهيـد وتقسيم :

ذكرنا انه اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه مختارا ، كان للدائن ان يجبره على هـذا التنفيذ · والتنفيذ الجبرى يقـع عادة على ذات الالتزام ، ومقتضى ذلك ان يقـدم المدين للدائن عين الأداء الذى التزم به ·

وما ينبغى أن يلاحظ فى هـذا المقــام ، انه ليس كل التزام يمتنع المدين عن الوفاء به اختيارا يكون من شانه أن يفتح باب التنفيذ الجبرى أمام الدائن · لذ التنفيذ الجبرى يكون ممكنا للدائن ــ بحسب الأصل ــ اذا كان الالتزام محل امتناع المدين عن التنفيذ الاختيارى التزاما مدنيا وليس طبيعيا(١) ·

ونتكلم أولا عن الالتزام المدنى وتنفيذه جبريا ·

وثانيا عن الالتزام الطبيعى ·

ونخصص لكل منهما مبحثـا ·

---

(١) راجـع بالتفصيل ، التفرقة بين الالتزام المدنى والطبيعى :

MARTY et RANAUD : op. cit., p. 595, n. 547 et p. 840, n. 834.

المبحث الأول

الالتزام المدنى وتنفيذه جبريا

٣ ـ والالتزام المدنى هـو الالتزام التام أو الكامل الذى يشتمل على عنصرين :

العنصر الأول ويطلق عليه عنصر المديونية « devoir » أما العنصر الثانى فهو عنصر المسئولية « engagement ».

ويراد بالمديونية ، أن ثمـة واجبا على المدين بالوفاء ، أما المسئولية فمؤداها أنه يمكن للدائن قهر المدين على الوفاء اذا امتنع عن الوفاء اختيارا • والارتباط بين العنصرين ارتباط الوسيلة بالغاية(٢) • فاذ امتنع المدين ـ فى نطـاق العنصر الأول ـ عن الوفاء تحرك عنصر المسئولية لجبره على ذلك • اذ الأصل توافر العنصرين فى الالتزام • فيقال ان الالتزام مدنى لكى ليس ثمـة ما يمنع من توافر عنصر المديونية دون المسئولية • فالأول هـو الأساس والثانى لا يعـدو كونه وسيلة لضمانه • ويترتب على ذلك اذن تصـور وجـود الالتزام بعنصر المديونية دون عنصر المسئولية وفى هـذه الحالة يكون الالتزام ناقصا ويطلق عليه الالتزام الطبيعى • لكن لا يتصور وجـود عنصر المسئولية دون عنصر المديونية أى مـع تخلف الأخير ـ ابتداء ـ وبصورة مستمرة •

وفى ضـوء المعنى المتقـدم ، يعـد الالتزام مدنيا اذا نشأ كذلك منذ البداية او كان التزاما طبيعيا وتعهد المدين بالوفاء به فصار بناء على هـذا التعهـد التزاما مدنيا(٣) •

واذا كان هـذا هـو مقصود الالتزام المدنى فمـا هى شروط تنفيذه تنفيذا عينيا وكيف يتم ذلك ؟ وما هـو موقف الفقـه الاسـلامى من فكرة التنفيذ العينى ؟

نوضـح ذلك فى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : شروط تنفيذ الالتزام المدنى تنفيذا عينيا جبريا •

المطلب الثانى : التنفيذ العينى فى الفقـه الاسـلامى •

المطلب الثالث : كيفية وقـوع التنفيذ العينى الجبرى •

---

(٢) السنهورى ، الوسيط ، الجزء الثانى ، مشار اليه من قبل ، رقم ٣٨٧ ، ص ٧٢٥ انور سلطان الموجز فى النظرية العـامة للالتزام ، جـ ٢ ، احكام الالتزام ، الاسـكندرية ، ١٩٦٤ ـ ١٩٦٥ ، جـ ٢ رقم ١٣٨ ، ص ١١٦ •

(٣) محمد لبيب شنب ، دروس فى نظرية الالتزام ، ١٩٧٥ ، أحكام الالتزام رقم ٢٠٨ ، ص ١٩١ •

المطلب الأول

شروط تنفيذ الالتزام المدنى تنفيذا عينيا جبريا

٤ ـ ان النطاق الحقيقى للتنفيذ العينى الجبرى ـ وهـذا بدهى ـ يتحدد بحالة امتناع المدين عن التنفيذ الاختيارى لالتزام مدنى ٠

وقـد نصت على ذلك صراحة الفقرة الأولى من المـادة ٢٨٠ من القـانون المدنى الكويتى الجـديد اذ قالت : « اذا لم ينفـذ المدين الالتزام باختياره نفـذ جبرا عليه » وأضافت فى فقرتها الثانية أنه « اذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر فى تنفيذه »(٤) ٠ (م٠ ١٩٩ مدنى مصرى) ٠

ومن المتعين حتى يمكن للدائن أن يلجـأ الى هـذا التنفيذ توافر الشروط الآتيـــــة :

٥ ـ الشرط الأول : ان يكون هناك سند تنفيذى بيـد الدائن :

ونستند فى وجـود هـذا الشرط الى المـادة ١٩٠ من قانون المرافعـات الكويتى الجـديد وقـد نصت على انه « لا يجـوز التنفيذ الجبرى الا بسند تنفيذى ٠٠٠٠٠٠ » والمعنى الواضح لذلك ، أنه يتعين حتى يمكن للدائن ان يجبر المدين على تنفيذ التزامه عينا أن يكون بيـده سند تنفيذى يثبت حقه ٠ والسندات التنفيذية كما تقضى قواعـد التنفيذ عبارة عن الأحكام القضـائية والمحررات الرسمية ٠ أو هى ، وعلى حـد تعبير النص السابق ، الأحكام والأوامر والمحررات الموثقة ومحاضر الصلح التى تصـدق عليها المحاكم والأوراق الأخرى التى يعطيها القانون هـذه الصفة(٥) ٠

---

(٤) راجـع فى هـذه الشروط : السنهورى ، الوسيط ، الجزء الثانى ، مشار اليه من قبل ، ص ٧٥٩ ، رقم ٤٠٧ وما بعـدهما ٠

وراجـع فى الفقـه الفرنسى :

Marty et Rana ud : op. cit., n. 651-654, P. 676-677.

(٥) وقـد صـدر قانون المرافعات الكويتى الجـديد ، بالمرسوم بقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ ، فى ١٩٨٠/٦/٤ ٠

ويلاحظ ان عبارة المحررات الموثقـة فى المـادة ١٩٠ استبدلت بعبارة الأوراق الرسمية فى المـادة ٢٦٧ من قانون المرافعات القـديم فى الكويت ٠

راجـع ، المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات الجـديد فى الكويت ، مكتب وزير الدولة للشئون القانونية والادارية ـ لجان تطـوير التشريعات ، مطبعة مقهوى ٠ ص ٢٩٨ ٠

والأصل انه اذا كان حق الدائن ثابتا بمقتضى محرر رسمي كان له أن ينفذ بواسطته • والمحرر الرسمي عبارة عن ورقة يحررها موظف عام مختص بذلك يطلق عليه الموثق أو كاتب العدل ويثبت فيها بيانات معينة •

أما اذا كان حق الدائن ثابتا فى محرر عرفى اى فى ورقة لم يحررها الموظف العام المختص ولكن قام الأفراد بتحريرها ووقعوا عليها فان هذا الدائن لا يمكنه جبر المدين على التنفيذ العينى بواسطتها اذ يتعين عليه استصدار حكم من القاضى بثبوت حقه • فاذا صدر الحكم كان سندا تنفيذيا ما دام قد صار نهائيا بمنأى عن الطعن • ويلاحظ أن هذه الحالة تختلف عن سابقتها وقد ثبت فيها حق الدائن بمحرر رسمى • اذ المحرر الرسمى عبارة عن سند تنفيذى ولا يحتاج الدائن معه الى استصدار حكم من القاضى لكى يجبر المدين على التنفيذ العينى •

٦ ـ الشرط الثانى : وجوب قيام الدائن باعذار المدين :

يتعين على الدائن ، وقبل لجوئه الى التنفيذ الجبرى ، أن يقوم باعذار المدين • ونقصد بالاعذار أن يجعل الدائن المدين فى حالة تأخر عن تنفيذ التزامه ويكون بدعوة الأول للثانى الى الوفاء مختارا ، فاذا لم يف كان اللجوء الى التنفيذ الجبرى • وقد نصت على هذا الشرط المادة ٢٨٤ من القانون المدنى الكويتى الجديد اذ قالت فى فقرتها الأولى « يجبر المدين ، بعد اعذاره ، على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا •• »(٦) •

ويكون اعذار المدين بانذاره أو بما يقوم مقام الانذار • والانذار عبارة عن ورقة رسمية تعلن للمدين متضمنة الدعوة الى تنفيذ التزامه • واذا تم ذلك كان الدليل على تخلفه عن تنفيذ التزامه تنفيذا اختياريا مما يحق معه للدائن أن يلجأ الى اجباره على التنفيذ •

٧ ـ الشرط الثالث : أن يكون التنفيذ العينى ممكنا للمدين دون ارهاق :

والشرط على هذا النحو ذو شقين :

ومؤدى الشق الأول ، أنه لكى يلجأ الدائن الى التنفيذ العينى الجبرى ، يجب عليه أن يراعى امكان قيام المدين به • فلو ثبت أن تنفيذ الالتزام عينا اى

---

(٦) يقابل نص الفقرة الأولى من المادة ٢٠٣ من القانون المدنى المصرى •

بذاته أمر غير ممكن ويستحيل على المدين أن يقوم به لما صح اللجوء الى التنفيذ العينى ولو كانت الاستحالة ترجع الى خطأ المدين • وعلة ذلك ترجع فى نظرنا الى عدم امكانية المطالبة بالتزام ثبت استحالة تنفيذه •

وقد تناولت هذا الشرط فى شقه الأول الفقرة الأولى من النص السابق ذكره اذ قالت : « يجبر المدين •• على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، متى كان ذلك ممكنـــا » •

وتطبيقا لذلك ، فانه اذا التزم المدين فى مواجهة الدائن بتسليم شىء معين بالذات ولكن هلك الشىء بعد نشوء الالتزام بتسليمه على عاتق هذا المدين ، كان التنفيذ العينى لهذا الالتزام ضربا من الاستحالة(٧) •

ومؤدى الشق الثانى ، انه لا يكفى أن يكون التنفيذ العينى ممكنا للمدين ، بل يتعين فوق ذلك الا يكون مرهقا له وان كان ممكنا • ويكون التنفيذ العينى مرهقا للمدين اذا كان يصيبه من ورائه ضرر فادح • وقد تصدت لذلك المادة ٢٨٤ من القانون المدنى الكويتى الجديد فى فقرتها الثانيـــة بقولها « ومع ذلك اذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين ، جاز للمحكمة بناء على طلبه أن تقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض اذا كان ذلك لا يلحق به ضررا جسيما » • والمعنى الواضح لذلك انه اذا كان التنفيذ العينى للالتزام فيه ارهاق للمدين على المعنى المتقدم لذلك ، يجوز للمحكمة وبناء على طلبه أن تقصر حق الدائن على تعويض • اضافة الى ذلك ، فانه يستفاد من النص أن المشرع ، وقد أخذ فى الاعتبار مصلحة المدين بعدم اجباره على التنفيذ العينى اذا كان مرهقا ، لم يهمل مصلحة الدائن أيضا • اذ اشترط لعدم اجبار المدين على التنفيذ العينى ومن ثم قصر التزامه على أداء تعويض الا يلحق الدائن من جراء ذلك ضرر جسيم • وعلى ذلك اذا طالب الدائن باجبار المدين على التنفيذ العينى وطلب المدين من المحكمة أن تقصر التزامه ومن ثم حق الدائن على تعويض بدعوى أن التنفيذ العينى مرهق له ، وجب على القاضى أن يوازن – وقبل الحكم – بين ما يصيب المدين من ضرر من وراء اجباره على التنفيذ العينى من جهة وما قد يلحق الدائن من ضرر من جراء الاقتصار على الحكم له بتعويض من جهة أخرى • فان رجح القدر الذى يصيب المدين رجحانا كبيرا على ما

---

(٧) وليس أمام الدائن فى هذه الحالة الا المطالبة بالتنفيذ عن طريق التعويض اذا كان الهلاك بخطأ المدين ، الا اذا كان الهلاك بسبب أجنبى ، انقضى الالتزام بالتسليم ولا يمكن تنفيذه لا عينا ولا عن طريق التعويض •

راجع فى هذا المعنى : محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٢٠٩ ، ص ١٩٣ •

قـد يلحق الدائن منه عـدل القاضى عن الحكم بالتنفيذ العينى واقتصر على الزام المدين بالتعويض • أما اذا كان الضرر الذى يصيب المدين يساوى أو لا يزيد كثيرا عما قـد يلحق الدائن منه أو كان الضرر الذى لحق الدائن يرجح الضرر الذى يصيب المدين حكم القاضى بالقاعـدة الأصلية وتقضى بوجـوب التنفيذ العينى الجبرى •

ولا يفـوتنا أن نشير الى النص المقابل من القانون المدنى المصرى نظرا لاختلاف أحكامه على ما يبـدو لنـا فقـد نصت المـادة ٢/٢٠٣ على ما يأتى : « على أنه اذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفـع تعـويض نقـدى اذا كان ذلك لا يلحـق بالدائن ضررا جسيما » •

وبالمقارنة بين هـذا النص وما تضمنته المـادة ٢/٢٨٤ من القانون المدنى الكويتى نجـد اختلافا بينهما فى الصياغة أدى الى اختلاف فى الحكم • ويظهر الوجـه الأول للاختلاف اذا لاحظنا أنه فى حالة ما اذا كان التنفيذ العينى مرهقا للمدين نجـد النص المصرى وقـد استخدم عبارة « جاز له » أى للمدين أن يقتصر على دفـع تعويض • ونرى أن صياغة النص الكويتى أكثر انضباطا • فالنص المصرى بصياغته ، يحمل على الاعتقاد بأن المشرع قـد جعل الأمر جوازيا للمدين مع أن للمحكمة دورا ، بينما جعله النص الكويتى للمحكمة بناء على طلب المدين حين قال : « جاز للمحكمة بناء على طلبه (أى المدين) أن تقصر حق الدائن على اقتضـاء تعـويض » •

ويظهر الوجه الثانى للاختلاف اذا أدركنا أن النص المصرى قـد تكلم عن « تعويض نقـدى » يقصر المدين التزامه عليـه • بينمـا النص الكويتى قـد تكلم عن مجـرد « تعـويض » تقصر المحـكمة حق الدائن عليـه • والمعنى الواضح لذلك أن المـدين المرهق من التنفيذ العينى يؤدى ـ حسب النص المصرى وكلمـة تعـويض جاءت فيـه مخصصة ـ تعـويضا للدائن يجب أن يكـون نقـديا • بينما يؤدى ـ بموجب النص الكويتى ـ تعويضا عينيا أو نقـديا • نظـرا لأن كلمـة تعويض وردت فيه دون تخصيص • وأكثر من ذلك قد يرى القاضى أن يستجيب لطلب المـدين بالتعويض العينى خاصـة اذا لم يعترض على ذلك الدائن كمـا لو كان محل الالتزام تسليم أشـياء من نوع معين بأوصاف محـددة وتبين أن الحصـول عليها يرهق المـدين ، ويمكـن أن يسلم أشـياء أخـرى تؤدى للدائن نفس الغـرض أو على وجه قريب دون أن يلحقه من ذلك ضرر جسـيم[٨] •

---

(٨) راجـع المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى الجـديد •

وعلى اية حال ، يجدر بنا أن ننبه أخيرا الى أن تقدير ما اذا كان التنفيذ العينى مرهقا للمدين انما يعد مسألة موضوعية تتوقف على ظروف الحال(٩) • وتطبيقا لذلك فانه اذا التزم مشترى قطعة ارض فى مواجهة البائع بالا يقيم عليها مبان تجاوز ارتفاعا معينا ، وخالف المشترى ذلك ، وجاء البائع وطلب هدم المبانى الزائدة عن الارتفاع المقرر ، ولكن وجد أن فى الهدم ارهاقا للمدين لانه يضيع عليه ما أنفقه اضافة الى كونه يكبده مصروفات أخرى لهذا الهدم ، يمكن للقاضى أن يقصر حق الدائن على تعويض نقدى بناء على طلب المدين (المشترى) بشرط الا يسبب ذلك للبائع أضرارا جسيمة • أما اذا كان الهدم يؤدى الى هذه الاضرار للبائع ، كما لو منعه من الارتفاع بعقار آخر يملكه قيمته تفوق قيمة المبانى المطلوب هدمها ، حكم القاضى بالهدم (١٠) •

٨ ــ الشرط الرابع ــ الا يكون فى التنفيذ العينى مساس بحرية المدين الشخصية :

من المسلم به دون نص أنه لا يجوز اجبار المدين على التنفيذ العينى اذا كان هذا التنفيذ يستوجب تدخله شخصيا ، اذ لو أجبر على التنفيذ بالرغم من ذلك لكان معناه المساس بحريته الشخصية • ويحدث ذلك اذا كان التزام المدين يتمثل فى القيام بعمل لا يمكن أن يقوم به غيره •

مثال ذلك التزام فنان بالغناء فى حفل أو بالتمثيل على المسرح •

٩ ــ مشروع تقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية فى مصر والتنفيذ العينى الجبرى :

أولا ــ رسمت الفقرة الاولى من المادة ٢١٠ من المشروع ، النطاق الحقيقى للتنفيذ العينى الجبرى ، ويتحدد بامتناع المدين عن التنفيذ الاختيارى لالتزام مدنى ، اذ قالت : « ينفذ الالتزام جبرا على المدين » وأضافت هذه المادة المقترحة فى فقرتها الثانية « ومع ذلك اذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر فى تنفيذه » •

وواضح أن نص هذه المادة يواجه فى فقرته الاولى ــ وبالتقريب مع نص الفقرة الثانية منه ــ التنفيذ العينى الجبرى للالتزام الكامل الذى يتوافر فيه عنصر المديونية وعنصر المسئولية ويقال له الالتزام المدنى •

---

(٩) محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص ١٩٤ •

(١٠) راجع حكم المادة ١٠١٨ من القانون المدنى المصرى •

ونص المادة ٢١٠ من المشروع يطابق المادة ١٩٩ من القانون المدنى المصرى الحالى . كما تطابق أيضاً المادة ٢٨٠ من القانون المدنى الكويتى وقد عرضنا لحكمهما من قبل .

ثانياً - وعن شروط التنفيذ العينى الجبرى للإلتزام المدنى ، فقد استوجبت الفقرة الاولى من المادة ٢١٧ من المشروع قيام الدائن باعذار المدين . ويجرى نصها على النحو التالى : « يجبر المدين بعد اعذاره على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينيا متى كان ذلك ممكنا » . وواضح أن النص يشترط الاعذار اضافة الى كون التنفيذ العينى ممكنا . والنص على هذا النحو يطابق نص الفقرة الأولى من المادة ٢٠٣ من القانون المدنى المصرى الحالى كما يطابق الفقرة الاولى من المادة ٢٨٤ من القانون المدنى الكويتى وقد عرضنا لحكمهما من قبل .

اضافة الى ما تقدم ، اشترطت الفقرة الثانية من المادة ٢١٠ من المشروع الا يكون التنفيذ العينى مرهقا للمدين رغم امكانه . ونصها كالآتى : « على أنه اذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين جاز للقاضى بناء على طلب المدين أن يقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض اذا كان ذلك لا يلحق به ضررا جسيما » .

والنص على هذا النحو يطابق الفقرة الثانية من المادة ٢٨٤ من القانون المدنى الكويتى وقد سبق شرحها . ويختلفان عن الفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ من القانون المدنى المصرى الحالى . وقد أبرزنا الاختلاف من قبل ونحن نقارن النص الكويتى (٢/٢٨٤) مع نص القانون المدنى المصرى الحالى (٢/٢٠٣) .

المطلب الثاني

التنفيذ العيني في الفقه الاسلامي

١٠ ــ ذكرنا أن التنفيذ العيني ينصب ــ في القانون الوضعي ــ على ذات الالتزام والى هذا خص فقهاء الشريعة الاسلامية قاعدة وتطبيقا ، أما القاعدة فقد نصت عليها المادة ١٥٣ من مجلة الاحكام العدلية بقولها « اذا بطل الاصل يصار الى البدل » والمعنى الواضح لذلك انه يجب في الالتزامات الوفاء بالاصل ما دام ممكنا ، ومن ثم لا يجوز الوفاء بالبدل الا اذا تعذر الوفاء بالاصل وهو المعنى المقصود بالتنفيذ العيني (١١) · أما تطبيقها فنجده في احكام الغصب ·

ومن هذه الأحكام عند الاحناف ، ما ورد في حاشية رد المحتار لابن عابدين ، ونجتزىء منه ما يلي : (ويجب رد عين المغصوب في مكان غصبه ويبرأ بردها ولو بغير علم المالك لقوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترد » (١٢) ومعنى ذلك أنه يتعين على الغاصب وهو ملتزم برد المغصوب أن ينفذ التزامه عينا · وهو ما أخذت به المادة ٨٩٠ من مجلة الاحكام العدلية ونصت على انه « يلزم رد المغصوب عينا » ·

وعند المالكية ، جاء في باب الغصب من كتاب قوانين الاحكام الشرعية لابن جزي ما يأتي : « ففيما يجب على الغاصب حقان : · · · · · ثانيهما وهو حق المغصوب منه اذ يجب أن يرد اليه ما غصبه فلو كان المغصوب قائما رد بعينه اليه وان كان قد فات رد اليه مثله أو قيمته (١٣) »

---

(١١) راجع في هذا المعنى : صبحي محمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، الطبعة الثانية ، بيروت ، ١٩٧٢ ، ج ١ ، ص ١٥٨ ــ ١٦٠ ، ج ٢ ، ص ٥٠٥ ــ ٥٠٧ ·

(١٢) حاشية رد المختار لخاتمة المحققين محمد امين الشهير بابن عابدين · على الدر المختار شرح تنوير الابصار · ويليه تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف ، الطبعة الثانية ، ١٣٨٦ هـ ــ ١٩٦٦ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٣٩٩ هـ ــ ١٩٧٩ م ، الجزء السادس ، ص ١٨٢ ·

(١٣) قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكي ، طبعة سنة ١٩٧٩ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ص ٣٥٨ ·

وواضح أن هـذا النص الفقهى يؤكد ما ذهب اليه الاحناف من وجوب تنفيذ الغاصب لالتزامه برد المغصوب تنفيذا عينيا ما دام هذا المغصوب قائما ٠

وعنـد الحنابلة ، تضمنت المـادة ١٣٧٨ التى وردت فى باب الغصب من مجـلة الأحـكام الشرعية على مذهب الامام أحمـد بن حنبل(١٤) ، هــذا التطبيق أيضـا ويجـرى نصها على النحـو التالى :« يجب على الغاصب رد المغصـوب لمـالكه فى المحـل الذى غصب فيـه أن قـدر عليـه ولا يجبر على قبول عوضه ولو بذل الغاصب أكثر من قيمته » وعلى هـذا المعنى كان تركيز المـادة ١٣٨٤ من المجلة المذكورة ونصها كالآتى : « لا يقبل من الغاصب رد قيمة المغصوب الا اذا تعـذر رده عينا » (١٥) ٠

ويتضح لنـا ممـا تقـدم أنه يجب على المدين أن يؤدى عين ما التزم به فالتنفيذ العينى للالتزام هـو الاصـل فى الشريعة الاســلامية شريطة أن يكون ممكنا ٠

١١ ـ والخلاصة : أن القانون المدنى لا يختلف فى أحكامه بخصـــوص التنفيذ العينى للالتزام عن الفقه الاســلامى ٠ فالمدين فيهما يتعين عليه أن ينفذ التزامه عينا ٠ وهـذا يفترض بطبيعة الحـال أن يكون ذلك التنفيذ ممكنا ٠ على أن الامكان ـ فيهما ـ لا يكفى وحده ، بل يجب علاوة عليه ألا يكون تنفيذ الالتزام بعينه مرهقا للمدين ٠ وقـد اتضـح لنـا ذلك بالنسبة للقانون المدنى ونحن نعرض لشروط التنفيذ العينى فيه ٠ ولا نعـدم الدليـل عليه أيضا فى نطاق الفقه الاسلامى ٠ والدليل عبارة عن حكم تضمنته المـادة ١٣٨٨ من مجلة الاحـــكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل ويجرى نصها على النحـو التـالى :

---

(١٤) كتاب مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل الشيبانى ، للشيخ احمد بن عبد الله القارى ٠ دراسة وتحقيق عبد الوهاب ابراهيم أبو سليمان ، محمد ابراهيم احمد على ٠ مطبوعات مؤسسة تهـامه بالمملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤٠١ هـ ـ ١٩٨١ م ٠

(١٥) وقـد ورد التطبيق فى فقـه الشافعية ايضا ٠ جاء فى المهـذب « فان كان المغصوب باقيا لزم رده ٠٠٠٠٠٠ لأنه لاحق للمغصوب منه فى القيمة مع بقاء العين » ٠ المهـذب لأبى اسحق ابراهيم بن على بن يوسف الفيروز آبادى الشيرازى ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٣٧٩ هـ ـ ١٩٥٩ م ، الجزء الأول ، ص ٣٧٤ ٠

« اذا تلف المغصوب او أتلف ضمن الغاصب بمثله اذا كان مثليــا فان تعــذر المثــل لعدمه أو بعــده أو غلائه وجبت قيمته وقت التعذر » ٠

واذا كان لنــا ان نستخلص من النص ، فان الحـــكم فيه يخص ضمان الغاصب للمغصوب حال تلفه أو اتلافه ٠ ومضمون الحكم انه لو كان المغصوب مثليــا ، التزم الغاصب برد مثله ، وهــذا هــو الاصــل ٠ الا أن النص قــد خرج على هــذا الأصــل ، اذا تعــذر على الغاصــب رد المثــل لانه بعيــد أو غال ، وأوجب عليــه القيمة وقت التعــذر ٠ ويكون النص بذلك قــد رأى فى بعــد المثــل وغلائه ارهاقا للغاصب وهو مدين برده عند التعذر ، فاعفاه منــه على الرغم من ان تنفيذه ممكنا وليس مستحيلا ٠

المطلب الثالث

كيفية وقوع التنفيذ العينى الجبرى

١٢ ـ اذا انفتح الباب أمام الدائن للتنفيذ العينى الجبرى نظرا لامتناع المدين عن التنفيذ الاختيارى، فان هذا الدائن اما أن ينفذ بحقه مباشرة واما أن يستخدم فى التنفيذ وسائل غير مباشرة. وعلى هذا يمكن القول أن التنفيذ العينى الجبرى يتخذ ـ فيما يتعلق ببيان كيفية وقوعه ـ صورة من اثنتين(١٦) .

الاولى : وفيها يكون التنفيذ العينى مباشرا .

الثانية : وفيها يكون التنفيذ العينى غير مباشر .

ونخصص لكل منهما فرعا مستقلا .

---

(١٦) راجع فى هذا التقسيم :
MARTY et RANAUD : op. cit., : n. 658 P. 680.

الفرع الأول

التنفيذ العينى المباشر

١٣ - يراد بالتنفيذ المباشر الطريق الذى به يتم التنفيذ الجبرى لالتزام ليس محله مبلغا نقديا وفيه يتم التنفيذ العينى بعدة طرق مباشرة تختلف تبعا لاختلاف طبيعة الالتزام محل التنفيذ . وتختلف صور الالتزام فى هذا الصدد تبعا لاختلاف طبيعته (١٧) . فهناك الالتزام بنقل حق عينى والالتزام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل . ونعرض لبيان كيف يكون التنفيذ فى هذه الصور على التوالى وهو نفس الترتيب الذى اتبعه المشرع المدنى الكويتى :

١٤ - أولا - الالتزام بنقل حق عينى : obilgation de donner

قد يلتزم المدين بنقل حق عينى . والحق العينى قد يكون حق ملكية او أى حق عينى آخر وقد تصدى المشرع المدنى الكويتى لكيفية تنفيذ هذا الالتزام عينا فى المادة ٢٨٥ اذ قال : « اذا كان محل الالتزام نقل حق عينى على شىء معين بنوعه ، ولم يقم المدين بافراز شىء من النوع ذاته مملوك له ، جاز للدائن أن يحصل على شىء من هذا النوع على نفقة المدين بعد اذن القاضى أو دون اذنه فى حالة الاستعجال . كما يجوز له ان يطالب بقيمة الشىء دون اخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض اذا كان له مقتض »(١٨) .

ويتضح لنا من النص انه اذا التزم المدين بنقل حق عينى على شىء معين بالنوع فان الاصل أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام اختيارا وذلك بالافراز . ويكون الافراز بوضع علامة على الشىء تميزه عن غيره . كما اذا كان الشىء من المنقولات التى تتعين بالنوع والمقدار فقط . كشراء مائة اردب من قمح فى مخزن ، حيث يكون افرازها بوضع علامة تميز القمح المباع

CARBONIER (J.) : Droit civil, t. 4, Les obiligation, Paris, 1965, n. 4, p. 18-19

(١٨) راجع المادة ٢٨٩ من قانون المرافعات الكويتى الجديد بخصوص التنفيذ المباشر بتسليم منقول ، والمادة ٢٩١ بخصوص التنفيذ المباشر للإلتزام بعمل او امتناع .

عن غيره من القمح • واذا تم ذلك انتقل الحق العينى عليها من وقت الافراز لان بالافراز يصير الشيء معينا بالذات • اما اذا لم يقم المدين بالافراز كان للدائن أن يلجأ الى التنفيذ العينى الجبرى المباشر • ووسيلته فى ذلك أن يحصل على شيء من هذا النوع على نفقة المدين • ولكنه يتقيد فى ذلك بالحصول على أذن القاضى فى الظروف العادية لكنه يتحرر من هذا القيد فى حالة الاستعجال • وعلى ذلك ، فانه يجوز للدائن فى المثال المتقدم أن يحصل على قدر مماثل للقمح الذى لم يقدمه المدين ، بشرائه على نفقة الأخير الذى يلتزم بالثمن ولو كان يزيد عن السعر الذى التزم البيع بمقتضاه • ولكن ذلك مشروط بحصوله على اذن القاضى قبل الشراء • أما فى حالة الاستعجال كما لو كان الشيء المراد الحصول عليه اغذية لمرضى فى مستشفى أو أدوية لهم فان الدائن فى سعيه للحصول عليها على نفقة المدين يعفى من الاذن المذكور • وتقديرى فى ضوء ما تقدم ، انه اذا دققنا النظر فى نص المادة ٢٨٥ وجدناه يعالج التنفيذ العينى للالتزام بنقل حق عينى فى اطار فرض واحد يكون محل هذا الالتزام فيه شيئا معينا بالنوع • ومن هنا يمكننى القول بأن المشرع المدنى الكويتى يكون قد سلك بذلك مسلكا مخالفا لما درجت عليه التقنينات المدنية فى هذا الصدد وبصفة خاصة التقنين المدنى المصرى • ذلك أن التقنين الأخير قد تصدى لكيفية التنفيذ العينى للالتزام بنقل الحق العينى فى فرضين • الاول وفيه يكون محل الالتزام شيئا معينا بالذات ، أما الثانى فان محل الالتزام فيه يكون شيئا معينا بالنوع • وتناول الفرض الأول فى المادة ٢٠٤ منه وتنص على أن « الالتزام بنقل ملكية أو حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » •

وقد استبعد المشرع المدنى الكويتى هذا الفرض وعلة الاستبعاد أنه لا يوجد فى الفرض الذى تناوله النص السابق أى التزام فى حقيقة الأمر ، وانما ينتقل الحق بقوة القانون كأثر مباشر للسبب الذى من شأنه أن ينقل الحق[١٩] • ولذلك اقتصر على الالتزام بنقل حق عينى وكيفية

---

(١٩) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى الجديد • الكويت اليوم العدد ١٣٣٥ ، ١٩٨١/١/٥ ، السنة السابعة والعشرون ، ص ١٧٥ •

تنفيذه عينا اذا كان الشيء معينا بالنوع وذلك فى المادة ٢٨٥ المذكورة من قبل ، وهى تقابل نص المادة ٢٠٥ من القانون المدنى المصرى ٠

١٥ ـ ثانيا : الالتزام بعمل : Obiligation de faire

قد يلتزم المدين بالقيام بعمل ، والمقصود هنا العمل الايجابى ٠ مثل ذلك التزامه بالتسليم وبالمحافظة على الشيء ٠ وكل منهما يتفرع عن الالتزام بنقل الحق العينى (م٠ ٢٨٦ مدنى كويتى) ٠ وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٨٨ من القانون المدنى الكويتى على أنه « فى الالتزام بعمل ، اذا لم يقم بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا » (م٠ ١/٢٠٩ مدنى مصرى) ٠

والمعنى الواضح لذلك ، أنه اذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه بالقيام بعمل ، فان الدائن يمكنه أن يلجأ الى اجباره على التنفيذ العينى ، ووسيلته فى ذلك هى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين ٠ ولكن ذلك يفترض بالضرورة أن يكون التنفيذ بهذه الوسيلة ممكنا على حد تعبير النص السابق ٠ والامكان يعنى فى نظرنا الا يكون العمل الذى التزم المدين بالقيام به أصلا وامتنع عنه يستوجب تدخل المدين شخصيا فى القيام به ٠ أى يكون من الأعمال التى يمكن أن يقوم بها شخص آخر غير المدين ٠ اذ فى هذه الحالة فقط يكون التنفيذ العينى بالوسيلة السابقة ممكنا حيث يمكن أن يقوم الدائن بالتنفيذ على نفقة المدين ٠ وعلى ذلك فاذا كان القيام بالعمل يتطلب تدخلا شخصيا من المدين فى القيام به فان التنفيذ العينى بالوسيلة المذكورة يكون غير ممكن وليس أمام الدائن سوى اللجوء الى التنفيذ الجبرى بوسيلة غير مباشرة تتمثل فى الغرامة التهديدية على ما سنرى فيما بعد ٠

واذا كان التنفيذ ممكنا على المعنى المتقدم للامكان ، فانه يتعين على الدائن وهو بسبيل اللجوء اليه ان يحصل على ترخيص من القاضى ٠ ولكن يجوز فى حالة الاستعجال ان ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون هذا الترخيص (م ٢٨٨٠/ مدنى كويتى ـ م٠ ٢/٢٠٩ مدنى مصرى) ٠

١٦ ـ وتطبيقا لكل ما تقدم :

(أ) فانه اذا التزم مقاول باقامة بناء ولم يف بما التزم به كان للدائن أن يلجأ الى اجباره على التنفيذ العينى وذلك بقيامه بتنفيذ هذا الالتزام على نفقة المدين ، ما دام تنفيذ الالتزام لا يستوجب تدخل المدين شخصيا • ويكون ذلك بأن يعهد الدائن باقامة المبانى الى مقاول آخر ويتحمل المدين النفقات ولو كانت أكبر • كل ذلك يستلزم حصول الدائن على ترخيص مسبق من القضاء •

(ب) أما اذا التزم المدين بالقيام بعمل يستوجب تدخله شخصيا لما جاز التنفيذ العينى بالوسيلة السابقة ، وليس امام الدائن الا طريق الغرامة التهديدية كما لو كان محل الالتزام بالعمل تسليم شىء لا يعلم مكانه الا المدين بالتسليم •

(جـ) ويلاحظ أن الدائن فى قيامه بالتنفيذ على نفقة المدين يمكن أن يتحرر من وجوب الحصول مسبقا على ترخيص من القضاء فى حالة الاستعجال • كما لو أخل المؤجر بالتزامه باجراء الاصلاحات والترميمات الضرورية • جاز للمستأجر أن يقوم بهذه الاصلاحات بنفسه ودون ترخيص من القضاء اذا كان هناك استعجال بحيث لا تحتمل الابطاء •

ويلاحظ أنه فى بعض حالات الالتزام بالقيام بعمل قد تسمح طبيعة الالتزام بأن يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ • وقد تناول المشرع المدنى الكويتى هذه الصورة من صور التنفيذ العينى فى المادة ٢٨٩ اذ قال : « يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ اذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام »[٢٠] • كما لو امتنع البائع عن تنفيذ التزامه بالتصديق على امضائه فى عقد البيع امام الموثق تمهيدا للتسجيل • فلا يكون أمام الدائن الا اللجوء الى المحكمة واقامة دعوى صحة التعاقد على البائع • ومتى أصدر القاضى حكمه بصحة التعاقد كان الحكم كافيا لنقل الملكية بعد تسجيله ومن ثم يستغنى عن توقيع البائع •

---

(٢٠) يطابق نص المادة ٢١٠ من القانون المدنى المصرى • ويطابق النص الكويتى ونص القانون المدنى المصرى الحالى فى مصر ، نص المادة ٢٢٥ من مشروع تقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية ونصها كالآتى : « يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ اذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » •

١٧ – ثالثا : الالتزام بالامتناع عن عمل : Obligation de ne pas faire

ويطلق عليه العمل السلبى ، ويقصد به الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل كان من حق المدين أن يقوم به لولا وجود الالتزام . فاذا كان التزام المدين من هذه الطبيعة وأخل به لانه قام بالعمل المنوع عليه أن يقوم به حيث فحوى التزامه بالامتناع ، جاز للدائن أن يطلب ازالة ما وقع مخالفا للالتزام ، وله أن يطلب من القضاء ترخيصا فى أن يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين مع عدم الاخلال بحقه فى التعويض . (م. ٢٩١ مدنى كويتى – م. ٢١٢ مدنى مصرى) .

وتطبيقا لذلك ، فانه اذا التزم شخص قبل آخر بعدم فتح محل تجارى من نوع معين فى مكان معين وهو ما يطلق عليه الالتزام بالامتناع عن المنافسة وهو صورة للالتزام بالامتناع عن عمل ، جاز للدائن اذا أخل المدين بالتزامه أن يطلب من المحكمة الحكم بالازالة وتتمثل اما فى غلق المحل أو فى هدم البناء الذى اقيم على خلاف الالتزام ، وللدائن أيضا أن يطلب ترخيصا من القضاء فى أن يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين مع عدم الاخلال بحقه فى التعويض . ويلاحظ أن المقصود بالازالة هنا مجرد الازالة المادية اذا كانت ممكنة بطبيعة الحال . ونود أن ننبه فى هذا الصدد الى أن حصول الدائن على ترخيص من القضاء وهو بسبيل القيام بالازالة على نفقة المدين هو أمر ضرورى ولو كان هناك استعجال . بخلاف ما اذا كان الدائن ينفذ التزام المدين بالقيام بعمل وعلى نفقته . وعلة اختلاف الحكم أنه فى حالة الاخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل لا يمكن ازالة المخالفة غالبا الا بالالتجاء الى شىء من العنف ولذلك كان تطلب ترخيص القضاء لازما فى جميع الحالات[٢١] وقد يحدث أن يكون الحكم بالازالة – على الوجه المتقدم – غير كاف لتعويض ما لحق الدائن من ضرر ، وفى هذه الحالة ليس ثمة ما يمنع من أن يضاف اليه تعويض نقدى . فلو أحدث الجار بجاره ضررا فاحشا باقامة حائط يسد عليه منافذ النور والهواء ، فانه يجوز للدائن أن يطلب – اضافة الى الازالة كتعويض عينى – تعويضا نقديا . اذ قد تبدو الازالة غير كافية والغالب أن الجار يلحقه ضرر من قيام الحائط المدة التى كان فيها قائما[٢٢] .

---

(٢١) راجع ، السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ١٩٨ ، رقم ٤٠ – محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٢١٥ ، ص ٢٠٠ .

(٢٢) ويلاحظ أنه ولئن تضمن التقنين المدنى المصرى احكاما تخص مضار الجوار غير المألوفة فى المادة ٨٠٧ منه ، فان المشرع المدنى الكويتى قد حرص فى التقنين الجديد هناك على تجنب ذلك اكتفاء بالنص العام على عدم جواز التعسف فى استعمال الحق فى المادة ٣٠ منه .

١٨ - مشروع تقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية فى مصر والتنفيذ العينى المباشر :

أولا : تناول المشروع كيفية التنفيذ العينى المباشر للالتزام فى عدة صور تختلف تبعا لمحل هذا الالتزام ·

فنجد المشروع يتكلم عن التنفيذ العينى للالتزام بنقل حق عينى على شىء معين بالذات فى المادة ٢١٨ ونصها كالآتى : « الالتزام بنقل ملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » ·

والنص يطابق المادة ٢٠٤ من القانون المدنى المصرى الحالى ، وكلاهما ليس له مقابل فى القانون المدنى الكويتى فقد أشرنا من قبل الى أن المشرع المدنى الكويتى قد استبعد من نصوصه صورة التنفيذ العينى المباشر للالتزام بنقل حق عينى على شىء معين بالذات · وعلة الاستبعاد تتمثل - على ما ذكرنا من قبل - فى انه لا يوجد فى الفرض الذى تناوله نص المادة ٢١٨ من المشروع ونص المادة ٢٠٤ من القانون المدنى المصرى الحالى أى التزام فى حقيقة الأمر وانما ينتقل الحق بقوة القانون كاثر مباشر للسبب الذى من شأنه أن ينقل الحق ·

ثانيا : اضافة الى الصورة السابقة ، تناول المشروع صورة أخرى للتنفيذ العينى المباشر وتتعلق بالالتزام بنقل حق عينى على شىء معين بالنوع · وضمنها المادة ٢١٩ ونصها كالآتى :

١ - اذا ورد التزام بنقل حق عينى على شىء لم يعين الا بنوعه ، فلا ينتقل الحق الا بافراز هذا الشىء ·

٢ - فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شىء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشىء ، من غير اخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض » ·

ونص هذه المادة من المشروع يطابق المادتين : ٢٠٥ من القانون المدنى المصرى الحالى ، المادة ٢٨٥ من القانون المدنى الكويتى ·

وقد عرضنا لدراسة النصين فيما سبق ·

ثالثا : وقد عرض المشروع ايضا ، وفى نطاق صورة ثالثة للتنفيذ العينى المباشر للالتزام بالقيام بعمل فى المادتين ٢٢١ ، ٢٢٢ ٠ والمادة الأولى يجرى نصها على النحو التالى :

« فى الالتزام بعمل اذا نص الاتفاق او استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين » ٠

وهذا النص المقترح من المشروع يطابق المادة ٢٠٨ من القانون المدنى المصرى الحالى ويطابق : ايضا – مع اختلاف فى الألفاظ – نص الفقرة الثالثة من المادة ٣٩١ من القانون المدنى الكويتى ونصها كالآتى :

« وفى جميع الأحوال فانه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين اذا نص الاتفاق أو استلزمت طبيعة الالتزام أن ينفذه المدين بنفسه »(٢٣) ٠

أما المادة ٢٢٢ من المشروع فنصها كالآتى :

١ – « فى الالتزام بعمل ، اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا ٠

٢ – ويجوز فى حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء » ٠

وهذا النص يطابق المادة ٢٠٩ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ كما يطابق المادة ٢٨٨ من القانون المدنى الكويتى وقد عرضنا للنصين الأخيرين من قبل ٠

رابعا : اضافة الى ما تقدم ، تناول المشروع الصورة الرابعة للتنفيذ العينى المباشر فى المادة ٢٢٤ بخصوص الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل ونصها كالآتى :

---

(٢٣) ويلاحظ أن المشرع المدنى الكويتى قد أورد النص المذكور بالمتن (م٠ ٣٩١/) فى الفصل الأول (للوفاء) من الباب الخامس (انقضاء الالتزام) ٠ ونود أن يبرز هنا انه لم يرد فى التعليق على نص المادة ٢٢١ من المشروع المصرى ما يشير الى النص الكويتى (م٠ ٣/٣٩١) المقابل أو المطابق ٠

« اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل واخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب ازالة ماوقع مخالفا للالتزام ، وله أن يطلب من القضاء ترخيصا فى أن يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين » .

والنص يطابق المادة ٢١٢ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطابق المادة ٢٩١ من القانون المدنى الكويتى وقد عرضنا للنصين الأخيرين من قبل .

الفرع الثانى
التنفيذ العينى غير المباشر

١٩ ـ وسـائل التنفيذ العينى غير المباشر :

ذكرنا أن التنفيذ العينى الجبرى يتخـذ ـ فيما يتعلق بكيفية وقـوعه ـ صـورة من اثنتين : فاما أن يكون مباشرا وقـد عرضنا لذلك وأما أن يتم بوسائل غير مباشرة ٠ اذ قـد يتضمن لجـوء الدائن الى التنفيذ العينى المباشر مساسا بحرية المدين الشخصية وهـذا غير جائز ٠ ويحـدث ذلك على وجـه الخصوص اذا كان التنفيذ العينى للالتزام غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه ٠ ولا مناص فى هـذه الحالة من لجـوء الدائن الى وسـائل غير مباشرة وصـولا الى اجبار المدين على التنفيذ العينى ٠ فاذا لم تفـلح لا يكون أمام الدائن الا التنفيذ بطريق التعـويض ٠ وهـذه الوسـائل غير المباشرة قوامها تهـديد المدين بأذى فى جسمه أو ذمته المـالية ٠ وعلى ذلك فان ثمـة وسيلتين للتنفيذ العينى غير المباشر ٠ الأولى وتتمثل فى الاكراه البدنى أما الثانية فهى الغرامة التهـديدية ٠ ونعرض لهما تبـاعا ٠

اولا : الاكراه البـدنى (حبس المدين)

٢٠ ـ تعـــريف :

يتمثل الاكراه البـدنى فى حبس المدين لاجباره على تنفيذ التزامه عينا ٠

وقـد كان معروفا فى القانون الرومانى ، اذ كان للدائن حبس مدينه أو استرقاقه وحتى قتـله[٢٤] ٠

٢١ ـ حبس المدين فى الفقـه الاسلامى :

السائد فى الفقه الاسلامى جـواز حبس المدين اذا امتنع عن الوفاء ٠ فقـد جاء فى قواعـد الأحكام فى مصالح الأنـام « الحبس وهـو مفسدة فى حـق المحبوس

MAZEAUD (H. L. J.) : « Lecons de droit civil » : t. 2, 5éd, Paris, 1973, p. 916, n. 938.

لكنه جائز لمصالح ترجح على مفسدته وهى أنواع ٠٠٠٠٠٠ منها : حبس الممتنع من دفع الحق الى مستحقه الجاء اليه وحملا عليه »[٢٥] ٠

وجاء فى المغنى أن « من وجب عليه حق فذكر أنه معسر به حبس الى ان يأتى ببينة تشهد عسرته »[٢٦] ولعل فى وضوح حكم المادة ١٥٠٣ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل ما يؤكد هذا ونصها كالآتى : « اذا مطل المدين رب الدين فشكاه أمره الحاكم بوفائه فان أبى حبسه وتجب تخليته اذا بأن اعساره » ٠

ويعتبر حبس المدين اذا امتنع عن الوفاء تطبيقا لقاعدة « الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف » وقد تضمنتها المادة ٢٧ من مجلة الأحكام العدلية ، ولها أكثر من تطبيق فى هذا المجال[٢٧] ٠

٢٢ ـ حبس المدين يفترض يساره :

يلاحظ أن حبس المدين يفترض ثبوت يساره ويكون ذلك « اذا امتنع عن أداء درهم واحد مع القدرة على أدائه »[٢٨] ومفهوم ذلك أنه « ان ثبت عسره فلا يجوز حبسه حتى يثبت يساره »[٢٩] ٠

---

(٢٥) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ، للامام المحدث الفقيه سلطان العلماء ابى محمد عز الدين عبد العزيز ابن عبد السلام السلمى ، دار الكتب العلمية ، بيروت الجزء الأول ، ص ١٠٠ ٠

ويقول ابن عابدين ، ان الحبس مشروع لقوله تعالى (أو ينفوا من الأرض) ٠ والنفى يراد به الحبس ٠ (بتصرف) ٠ راجع حاشية رد المختار ، مشار اليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٣٧٦ ٠ ويقول فى ص ٣٧٩ : « واذا ثبت الحق للمدعى ببينة عجل حبسه بطلب المدعى لظهور المطل بانكاره والا يثبت ببينة بل باقرار لم يعجل حبسه بل يامره بالأداء » ٠

(٢٦) المغنى ، للشيخ الامام العلامة موفق الدين ابى محمد عبد الله بن احمد بن محمد ابن قدامه على مختصر الخرقى ، دار الكتاب العربى ، بيروت ، طبعة جديدة بالأوفست ، ١٣٩٢ هـ ـ ١٩٧٢ م ، الجزء الرابع ، ص ٥٠٢ ٠

(٢٧) ومن فروع القاعدة الواردة بالمتن الاجبار على قضاء الدين والنفقات الواجبة ٠ ومن فروعها ايضا حبس الأب اذا امتنع عن الانفاق على ولده الصغير ٠

انظر ، سليم رستم باز ، شرح المجلة ، الطبعة الثالثة ، الاستانه ، ١٣٠٥ هـ ، ص ٣١ ٠ راجع ايضا : الأشباه والنظائر للشيخ زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم ، دار الكتب العلمية ، بيروت ١٤٠٠٢ هـ ـ ١٩٨٠ م ، ص ٨٨ ٠

(٢٨) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ، مشار اليه فيما سبق ، الموقع السابق ٠

(٢٩) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ، مشار اليه فيما سبق ، ج ١ ، ص ١٠٢ ٠

ونورد فيما يلى جانبا ممـا قاله فقهاء الشريعة فى هـذا الصـدد •

يقـول صاحب المغنى : « أن من وجب عليه دين حال فطولب به ولم يؤده نظر الحاكم فان كان بيـده مال ظاهر أمره بالقضاء •••••• وان لم يجـد له مالا ظاهرا فادعى الاعسار فصـدقه غريمـه لم يحبس •••••• ولأن الحبس اما أن يكون لاثبات عسرته أو لقضـاء دينـه وعسرته ثابتـة والقضاء متعـذر فلا فائدة فى الحبس ، وان كذبه غريمه فلا يخلو اما أن يكون عرف له مال أو لم يعرف فأن عرف له مال •••••• أو عرف له أصـل مال •••••• فالقـول قول غريمه مع يمينه فاذا حلف أنه ذو مال حبس حتى تشهد البينة باعساره »(٣٠) •

وقـد أوجز صاحب كشاف القنـاع هـذا بقـوله « فان أبى من له مال يفى بدينه الحال الوفاء ، حبسه الحاكم »(٣١) •

ويقـول ابن جزى فى قـوانين الأحكام الشرعية : « سجن الغريم على ثلاثة انواع : الأول : سجن من ادعى العدم وجهلت حالته فيسجن حتى يثبت عـدمه أو يعطى ضامنا بوجهه • الثانى : سجن من اتهم أنه أخفى مالا وغيبه فانه يسجن حتى يؤدى أو يثبت عـدمه الى أن يعطى ضامنا • الثالث : يسجن من اخـذ أموال الناس وتقعـد عليها وادعى العـدم فتبين كذبه فانه يحبس ابدا حتى يؤدى أموال الناس أو يموت فى السجن • وقال سحنون يضرب المرة بعـد المرة حتى يؤدى أموال الناس ولا ينجيه من ذلك الا الضمان بالمـال »(٣٢) •

---

(٣٠) المغنى ، لابن قـدامه ، مشار اليه فيما سبق ، الجزء الرابع ، ص ٥٠٢ ـ ٥٠٣ ـ راجـع أيضا ص ٤٨٨ •

(٣١) كشاف القناع عن متن الاقناع ، للشيخ العلامة فقيه الحنابلة منصور بن يونس بن ادريس البهـوتى ، الجزء الثـالث ، راجعـه وعلق عليـه الشـيخ هـلال مصيلحى مصطفى هـلال ، الناشر مكتبة النصر الحـديثة بالرياض ، ص ٤١٩ • راجع أيضا : ص ٤٢٠ ـ ٤٢١ •

(٣٢) قـوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ، مشار اليه من قبـل ، ص ٣٤٦ راجـع من التطبيقات فى المملكة العربية السعودية فى هـذا الخصوص واشتراط اليسار لحبس المدين : تعميم سماحـة رئيس القضـاه رقم ٢٨٦ وتاريخ ١٣٧٩/٥/٢٣ : « ١ ـ المـدين اذا ثبت عسره ولم يقـدر على وفاء شىء من دينـه لم يطالب بالتسديد وحرم سجنه وملازمته ولا يلزم باقامة كفيل عليه ••• » والتعميم منشور بمجموعة الأنظمة واللوائح والتعليمات التى تصـدرها وزارة العـدل بالمملكة • الطبعة الأولى ، ١٣٩٦ ، فهرس التعاميم الصادرة بتوقيع سماحة رئيس القضاة والموجـودة بادارة الوثائق والبحـوث ، ص ١١٧ من المجموعة •

وتطبيقا لذلك نصت المـادة ٣٤٣ من لائحـة ترتيب المحاكم الشرعية فى مصر على أنه « اذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر فى النفقـات أو فى أجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن يرفع ذلك الى المحكمة الجزئية التى بدائرتها محـل التنفيذ ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيـــام بما حكم به ، وأمرته ولم يمتثل حكمت بحبسه ولا يجـوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما • أما اذا نفـذ المحكوم عليـه ما حكم عليـه به أو احضر كفيـلا فانه يخلى سبيله وهـذا لا يمنـع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » •

والمعنى الواضح لذلك أنه يشترط لحبس المـدين وصـولا الى اجبـــاره على التنفيذ العينى لالتزامه بالنفقه أن يمتنع عن التنفيذ والوفاء على الرغم من قـدرته • وما ينبغى أن يلاحظ فى هـذا المقـام أن الحبس لا يبرىء ذمة المدين ولا يعفيه من الوفاء •

٢٣ ـ حبس المدين فى قانون المرافعات الكويتى الجـديد :

استحدث قانون المرافعات المدنية والتجارية الجـديد فى دولة الكويت ، عـدة قواعـد فى الباب الرابع من الكتاب الثالث منه ضمنها معالم وشروط محـددة لحبس المدين فى الدين ، وذلك فى المـادتين ٢٩٢ ، ٢٩٤ •

ففيما يتعلق بالحـق المطالب به :

أوجبت تلك القواعـد أن يكون هـذا الحـق ثابتا بمقتضى حكم نهـائى أو أمر أداء نهائى •

وفيما يتعلق بالمـدين المطلوب الحكم بحبسه :

يتعين من جهـة أن يكون هـذا المدين قـد امتنع عن أداء تنفيذ الحكم أو الأمر رغم قـدرته على الوفاء بحيث لا يجـوز الأمر بحبسه اذا لم يكن قادرا على الوفاء ولو كان الدائن قـــد حصل ضـــده على حكم نهـــائى أو أمر أداء قـدرة المدين على الوفاء ، بل يجب فـوق ذلك أن تكون قـدرته تلك مستندة الى أموال ممـا يجـوز الحجز عليها • ويتعين من جهة أخرى ألا يكون المدين قـد جاوز فى عمره الخامسة والستين • ويمتنع الأمر بحبس المدين اذا كان له أولاد لم يبلغـوا الخامسة عشر عاما وكان زوجـه متوفى أو محبوسا لأى سبب •

ويجب من جهة رابعـة ألا يكون المطلوب حبسه زوجا للدائن أو من أصوله أو فروعـه ما لم يكن الدين نفقـة مقررة • ويتعين من جهـة خامســة ألا يكون المدين قـد سبق أن صـدر أمر بحبسه عن ذات الدين وأوفى مدة الحبس •

وبخصوص مدة الحبس :

اشترطت المادة ٢٩٢ الا تزيد على ستة أشهر • وقد تناول المشرع في المادة ٢٩٦ مسقطات الأمر بالحبس وهى كما يلى :

(أ) موافقة الدائن كتابة على اسقاط الأمر •

(ب) انقضاء التزام المدين الذى صدر الأمر لاقتضائه •

(جـ) اذا تخلف شرط من شروط الأمر او تحقق مانع من موانع اصداره •

ثانيا : الغرامة التهديدية

LES ASTREINTES

٢٤ ـ تعريف :

ذكرنا أن وسائل التنفيذ العينى غير المباشر تنبنى على تهديد المدين بأذى فى جسمه أو فى ماله • وعن الأذى فى المال ، فانه يكون بتهديد المدين بدفع مبلغ نقدى اذا لم ينفذ التزامه وهو ما يطلق عليه الغرامة التهديدية •

والغرامة التهديدية على هذا النحو عبارة عن مبلغ نقدى يحكم القاضى على المدين بأدائه عن كل فترة زمنية أو اسبوع أو شهر أو أى فترة معينة من الزمن يتأخر فيها عن تنفيذ التزامه عينا بعد الأجل الذى حدده الحكم لهذا التنفيذ(٣٣) •

وبمقارنة الحكم بالغرامة التهديدية مع الحبس يلوح أمامنا لتفاق بينهما يجسده انهما من وسائل التنفيذ العينى الجبرى غير المباشر • ومع ذلك تختلف هذه الغرامة فى انها تصيب مال المدين على حين نجد الحبس يصيب جسمه لذا فانه استثناء ونادر قانونا وعملا •

---

(٣٣) راجع عبد المنعم فرج الصده ، احكام الالتزام ، ١٩٥٥ الجزء الأول ، رقم ٢١ ص ٢٨ ـ ٢٩ • محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٢١٨ ، ص ٢٠٢ •

٢٥ ـ شروط الحكم بالغرامة التهـديدية :

في ضـوء المـادة ٢٩٢ من القانون المدنى الكويتى(٣٤) ٠

يمكننا القول بان الحكم بالغرامة التهديدية يستلزم توافر الشروط الآتية :

٢٦ ـ الشرط الأول : ان يوجـد التزام يمكن تنفيذه عينا :

وهـذا الشرط تقتضيه طبيعة الحكم بالغرامة التهـديدية ٠ اذ لا يمكن اللجـوء اليها ولا يوجـد التزام ٠ وبناء على ذلك لا يجـوز أن تستخدم لاجبار خصم فى دعـوى على الحضـور أمام المحكمة لانه لا يوجـد على عاتقـه التزام بهـذا المعنى(٣٥) ٠

الا أن وجـود الالتزام لا يكفى فى ذاته للحكم بالغرامة التهـديدية بل يجب فـوق ذلك أن يكون تنفيذه عينا أمرا ممكنا ٠

وعلى ذلك ، فانه اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه عينا ، سـواء كانت الاستحالة بفعل المدين أو بسبب أجنبى فانه لا يجـوز للدائن اللجـوء الى الحكم بهـذه الغرامة ٠ وهـذا منطقى ٠ اذ فى لجـوء الدائن اليه ما يقطـع برغبته فى الوصـول الى تنفيذ الالتزام وهى رغبـة لا يستجيب لهـا كـون التنفيذ العينى أصـبح مستحيلا ٠ ولا يغيب عن البال ـ بطبيعة الحال ـ ان الفرض امتناع المدين عن تنفيذ الالتزام رغم امكان تنفيذه عينا ٠ اذ هـو سبب لجـوء الدائن الى الغرامة التهـديدية ٠

---

(٣٤) والمـادة ٢٩٢ مدنى كويتى نصها كالآتى :

« ١ ـ اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن ان يطلب الحكم بالزام المدين بهـذا التنفيذ وبدفـع غرامة تهـديدية ان امتنع عن ذلك ٠

٢ ـ واذا رات المحكمة ان مقـدار الغرامة المحكوم بها غير كاف لحمل المدين على التنفيذ ، جاز لهـا أن تزيد فى الغرامة كلما رات داعيا للزيادة ٠

٣ ـ اذا تم التنفيذ العينى ، او اصر المدين على عـدم التنفيذ ، حـددت المحكمة مقـدار التعـويض الذى يلزم به المدين عن عـدم التنفيذ او التاخير فيه مراعية فى ذلك الضرر الذى اصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين » ٠

والنص بفقراته الثلاث يطابق المـادتين ٢١٣ ، ٢١٤ من القانون المدنى المصرى ٠

(٣٥) MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 672, p. 694.

٢٧ ـ الشرط الثانى : ان يكون التنفيذ العينى للالتزام غير ممكن او غير ملائم الا اذا قام به المدين :

٢٥ ـ لا يكفى لاستخدام الحكم بالغرامة التهديدية أن يوجد التزام يمكن تنفيذه عينا ، بل يشترط اضافة الى ذلك ان يكون التنفيذ العينى لهذا الالتزام غير ممكن او غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه • وتفسير ذلك أنه اذا كان التنفيذ العينى للالتزام ممكنا دون تدخل المدين شخصيا كما يحدث فى حالة تنفيذ الدائن الالتزام عينا على نفقة المدين على نحو ما ذكرت من قبل ، فليس من شك فى أن ذلك أسرع وأكثر جدوى للدائن الأمر الذى ينتفى معه أى مبرر لاستخدام الحكم بالغرامة التهديدية •

ومن هنا يمكننا القول ، بأن أهمية هذا الشرط لا تكمن فقط فى أنه يجيز بتوافره ـ الى جانب الشروط الأخرى ـ اللجوء الى الحكم بالغرامة التهديدية وصولا الى التنفيذ العينى الجبرى بل ان أهميته تظهر أيضا اذا أدركنا أنه يحدد فى الواقع النطاق العملى لاستخدام هذه الغرامة كوسيلة غير مباشرة للتنفيذ العينى • اذ الحكم بها لا يوصل الى أى تنفيذ لأى التزام ولكن الى تنفيذ عينى لالتزام ثبت عدم امكان تنفيذه كذلك الا بتدخل المدين نفسه • أو على الأقل ثبت أن تنفيذه عينا دون تدخل المدين يكون غير ملائم • وبعبارة أخرى فان مؤدى هذا الشرط حيث قيمته الحقيقية أن الغرامة التهديدية باعتبارها وسيلة غير مباشرة لحمل المدين على التنفيذ العينى يلجأ اليها اذا كان التنفيذ العينى يقتضى أن يقوم به المدين شخصيا أما لأنه غير ممكن أو لأنه غير ملائم الا اذا قام به نفسه •

وعلى سبيل المثال ، فان التنفيذ العينى للالتزام يكون غير ممكن الا بتدخل المدين شخصيا اذا كان محل هذا الالتزام تسليم شىء لا يعلم مكانه الا هذا المدين• كما لو التزم مغن بالغناء فى حفل •

ويلاحظ أن عدم ملاءمة التنفيذ العينى الا اذا قام به المدين نفسه انما تفتح الباب أمام استخدام الغرامة التهديدية ولو كان هذ التنفيذ العينى ممكنا دون تدخل المدين • اذ يتصور ان يكون التنفيذ العينى ممكنا دون تدخل المدين شخصيا ومع ذلك يكون غير ملائم • وعلى نحو المثال السابق يمكن أن يقوم بالغناء مطرب آخر وان كان ذلك غير ملائم •

اذا ما توافر الشرطان كان للدائن أن يطلب الحكم بالغرامة التهديدية • فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بها من تلقاء نفسها دون طلب الدائن وهو ما رجحه العلامه السنهورى • ويرى أن للمحكمة سلطة تقديرية فى أن تجيب

الدائن الى طلبــه أولا تجيبه اليه · فالحكم بالغرامة – على فرض توافر شروطها – مسأله موضوعيه ، وان كان بحث توافر الشروط مسألة قانونية[٣٦] ·

٢٨ – طبيعة الحكم بالغرامة التهـديدية :

رأينا أن الحكم بالغرامة التهـديدية وسيلة غير مباشرة لاجبار المـدين على التنفيذ العينى · وفى حالة صـدور الحكم بها فاما ان يمتثل المدين ويقوم بتنفيذ الالتزام عينا ويكون الحكم بالغرامة قـد حقق الهـدف منه وأما أن يمتنع المدين عن التنفيذ العينى ويستمر فى عنته · وفى هـذا الفرض الثانى ليس أمام الدائن – حيال أصرار المـدين – الا طلب التنفيذ بمقابل اى بطريق التعـويض · ومن ثم فان الحكم بالغرامة يصبح عـديم الفائدة والجـدوى · لأن الدائن لا يستطيع أن ينفـذه باعتباره حكما فى ذاته ·

وفى ضـوء ذلك ، يمكننا القـول لجمالا – تحـديدا لطبيعة الحكم بالغرامة التهـديدية – أنه مجرد وسيلة تهـديدية ومؤقتة ولا يمكن تنفيذه باعتباره حكما فى ذاته · ونفصل ما أجملنا :

٢٩ – ١ – ان الحكم بالغرامة وسـيلة تهـديدية : Comminatoire

٢٧ – ومؤدى ذلك أن الغرض من هـذا الحكم لا يتجاوز ارهاب المـدين لحمله على التنفيذ العينى · ولذا فان تقـدير مبلغ الغرامة يكـون تحكميـا arbitraine لا يراعى القاضى فيه ما أصاب الدائن من ضرر من جراء عـدم التنفيذ وانمـا يأخـذ فى اعتباره المركز المـالى للمدين ومدى تعنته[٣٧] · وفى هـذا الصـدد يمكن القـول بأن الغرامة التهـديدية تختلف عن التعـويض · فالغرض من التعـويض هـو اصـلاح الضرر أما الغرامة فترمى الى التهـديد · كذلك فانه بخصوص كيفية حساب المبلغ المحكوم به يختلف أساس هـذا الحساب فيهما · ففى التعـويض يراعى القاضى فى الحكم به ما لحـق الدائن من خسارة وما فاته من كسب وهـذا يختلف عمايراعيه القاضى فى حـكم الغرامة كمـا رأينـا ·

---

(٣٦) راجـع ، السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، مشار اليـه من قبـل ، ص ٨١٢ ، رقم ٤٥١ – وقـد عرض لراى آخر للمرحـوم الدكتور اسماعيل غانم ومؤداه انه ليس ثمة ما يمنع من ان تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بالغرامة التهـديدية اذا وجـدت ان شروطها متوافره ·

MARTY et RAYNAUD : op. cit., p. 697, n. 674.

٣٠ ـ ٢ ـ أن الحكم بالغرامة التهديدية حكم مؤقت : Provisoire

٢٨ ـ ما دام الهدف من الحكم بالغرامة ارهاب المدين لحمله على التنفيذ ، فان مصير هذا الحكم الى التصفية النهائيه هو أمر حتمى(٣٧) وهذا مراد التأقيت • ومؤدى ذلك أن الحكم بالغرامة التهديدية ينقضى متى اتخذ المدين موقفا نهائيا اما بالتنفيذ أو الاصرار على عدم التنفيذ فيعيد القاضى النظر فى حكمه ليفصل فى الموضوع • فان كان المدين قد نفذ فالقاضى لا يحكم عليه الا بتعويض عن التأخير فى التنفيذ ، واذا أصر المدين على عدم التنفيذ فيحكم القاضى بالتعويض عن عدم التنفيذ ويراعى القاضى فى الحالتين ما لحق الدائن من ضرر كما يراعى ما يكون قد بدا من المدين من عنت(٣٨) ، (م • ٣/٢٩٢ مدنى كويتى ـ ـ م• ٢١٤ مدنى مصرى) •

٣١ ـ ٣ ـ أن الحكم بالغرامة التهديدية غير قابل للتنفيذ باعتباره حكما فى ذاته :

٢٩ ـ لما كان الحكم بالغرامة التهديدية حكما مؤقتا وتبعا لذلك يوجب على الدائن الانتظار حتى يتضح الموقف النهائى للمدين على نحو ما ذكرنا ، فان الدائن المحكوم له لا يستطيع تنفيذ حكم الغرامة فى ذاته ضد هذا المدين مطالبا بارغامه على الوفاء بمبلغ الغرامة ، فلا يجوز للدائن مثلا أن يوقع حجزا على اموال المدين ليصل بذلك الى بيعها بالمزاد العلنى لاستيفاء قيمة الغرامة ـ كحق له ـ من الثمن الناتج •

٣٢ ـ مشروع تقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية فى مصر والتنفيذ العينى غير المباشر :

لم يعرض المشروع للوسيلة الأولى من وسائل التنفيذ العينى غير المباشر وهى حبس المدين • ويتفق فى ذلك مع القانون المدنى المصرى الحالى وكذا القانون المدنى الكويتى • مع ملاحظة ما جاء به قانون المرافعات الكويتى الجديد من أحكام بشأن حبس المدين ، وقد أشرنا اليها فى حينه •

---

(٣٧) MARTY et RAYNAUD : op, cit., p. 700, n. 679.

(٣٨) MAZEAUD (H. L. J.) : «lecons de droit civil» t. 1, Paris 1972, p. 388, n. 359.

اما بالنسبة للوسيلة الثانية ، اعنى التهديد المالى ، فقد تناولها المشروع فى المادة ٢٢٦ ونصها كالآتى :

« ١ ـ اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه جاز للدائن ان يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية ان امتنع عن ذلك .

٢ ـ واذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافيا لاكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة .

٣ ـ واذا تم التنفيذ العينى أو أصر المدين على رفض التنفيذ ، حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين مراعيا فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين » .

والنص يطابق المادتين ٢١٣ ، ٢١٤ من القانون المدنى المصرى الحالى . كما يطابق المادة ٢٩٢ من القانون المدنى الكويتى وتم عرضنا لها .

المبحث الثانى

الالتزام الطبيعى

L' obligation naturelle

٣٣ ـ تعريف :

ألمحنا من قبل ان الالتزام يتحلل الى عنصرين هما المديونية والمسئولية ٠ ومقتضى المديونية ان ثمة واجبا قانونيا على المدين بالوفاء ٠ أما المسئولية فانها تتحرك فى حالة عدم قيام المدين بالوفاء مختارا وتمكن الدائن من اجباره على ذلك ٠ والاصل كما ذكرنا هو الوفاء اى التنفيذ الاختيارى ٠ والاصل ايضا ان الالتزام يتضمن العنصرين معا ويطلق عليه الالتزام المدنى ٠ لكن يتصور تخلف عنصر المسئولية دون المديونية وفى هذه الحالة يكون الالتزام طبيعيا ٠

وعلى هذا النحو ، فان الالتزام الطبيعى هو التزام قوامه عنصر المديونية ويتخلف فيه عنصر المسئولية ٠ ومؤدى ذلك انه اذا كان المدين به ملتزما بالوفاء فانه لا يمكن اجباره عليه (٣٩) ٠ وبعبارة اخرى ، فان الالتزام الطبيعى يقبل التنفيذ الاختيارى لأن ثمة واجبا قانونيا بالوفاء يتضمن عنصر المديونية الذى ينطوى عليه ولكنه لا يقبل التنفيذ الجبرى لتخلف عنصر المسئولية ٠

٣٤ ـ ماهية الالتزام الطبيعى وصوره :

لقد تنازع المسألة اتجاهان فى الفقه :

---

(٣٩) SAVATIER (R.) : « la théorie des obligations » 3éd, Dalloz, Paris, 1974, n. 259, p. 318.

٣٥ ـ الاتجـاه الاول : النظرية التقليدية :

لقـد نشأت هـذه النظرية بفكرها فى رحاب القانون الرومانى واعتنقها الفقـه الفرنسى فى القرن التاسـع عشر ويرى انصارها أن الالتزام الطبيعى لا يعـدو كونه التزاما مدنيا انقضى أو انحـل les auteurs de l'école classique, Consideraient l'obligation naturelle comme une obligation civile avortée ou dégénérée.

وفى هـذا الاطار تتحدد صور الالتزام الطبيعى باثنتين • الصورة(٤٠) الاولى وفيها يتولد الالتزام الطبيعـى عن التزام مدنى نشـأ من قبل ولكن حال مانع قانونى دون ترتيب آثاره • مثال ذلك الالتزام الطبيعى الذى يتولد فى ذمة القاصر عن ابطال التزام مدنى نشـأ عن عقـد ابرمه •• أما الصـورة الثانية ، فتضـم التزاما طبيعيا تولد عن التزام مدنى نشأ وانقضى • فالالتزام المدنى الذى ينقضى بالتقادم مثلا يخلف وراءه التزاما طبيعيا •

ويؤخذ على هـذه النظرية انها ، وقـد حصرت صـور الالزام الطبيعى فى التزامات مدنية قامت عقبة قانونية أمام نشوئها فمنعته أو امام استمرار بقائها بعد نشوئها فأزالته ، تكون قد ضيقت من نطاق فكرة هـذا الالتزام ، وهى اكثر اتساعا من ذلك•

٣٦ ـ الاتجـاه الثانى ـ النظرية الحـديثة(٤١) :

ويرى انصـارها فى الالتزام الطبيعى واجبا ادبيا أو خلقيا يعترف له القانون ببعض الاثار •

ومعنى ذلك ان فكرة الالتزام الطبيعى يتسع نطاقها فى هـذه النظريـة • اذ لا تنحصر صـورها فقط فى الحالات التى يحـول فيها مانع قانونى من نشوء التزام مدنى أو من استمرار بقائه بعد نشوئه ولكنها تشـمل ايضـا الحالات التى يرقى فيها الواجب الخلقى الى درجة تقربه من منطقة القانونى • فلو سـقط الالتزام المدنى بالتقـادم تولد عنـه التزام طبيعى فحواه قيام المدين بالوفاء اختيارا • ومبنى ذلك أن ثمـة واجبـا ادبيـا لدى المـدين يحثه على هـذا الوفـاء •

---

(٤٠) راجـع : BOUT : op. cit., n. 22 ets.

راجـع ايضا : انور سلطان ، المرجـع السابق ، رقم ١٤٨ ، ص ١٢١ ـ ١٢٢ ـ عبد المنعم فرج الصـده ، المرجـع السابق ، رقم ٧ ، ص ٨ •

(٤١) BOUT (R.) : «obligation naturelle » rép de dr. civ., t. v. 1979, n. 16 et S.

MAZEAUD : op. cit., p. 389, n. 361.

ومؤدى ذلك أن الالتزام الطبيعي في مرحلة وسط بين الالتزام المدني والواجب الادبي فلم يصل الى درجة الالتزام المدني لانه لا يمكن اجبار المدين به على الوفاء وقد تجاوز في نفس الوقت الواجب الأدبي ، ومظهر ذلك أن الوفاء به ليس من قبيل التبرع ، فهو يسمو على الواجب الاول ولا يرقى الى مستوى الالتزام المدني . وقد اخذ بهذا الاتجاه الفقه والقضاء الحديث وكذا التشريعات الحديثة مثل التشريع الالماني والسويسري .

٣٧ ـ حالات الالتزام الطبيعي وتطبيقاته :

اذا لم ينص المشرع على وجود الالتزام الطبيعي ، فان الامر يترك لتقدير القاضي وفقا لقيود معينة . ونتكلم عن هذه الحالات ثم نتناول بعض تطبيقات الالتزام الطبيعي .

٣٨ ـ حالات الالتزام الطبيعي :

قد ينص الشرع على بعض صور الالتزام الطبيعي مثال ذلك ما جاء في المادة ١/٣٨٦ مدني مصري اذ قالت « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي » والمعنى الواضح للنص قاطع في نشوء التزام طبيعي كأثر لانقضاء الالتزام المدني بالتقادم(٤٢) .

واذا لم ينص المشرع على صورة للالتزام الطبيعي فان الامر متروك لتقدير القاضي . وقد نصت على المادة ٢٨١ مدني كويتي (م. ٢٠٠ مدني مصري) بقولها « يقدر القاضي عند عدم النص ، متى يعتبر الواجب الادبي التزاما طبيعيا ، مراعيا في ذلك الوعي العام في الجماعة ، وفي كل حال لا يجوز ان يقوم التزام طبيعي ومخالف للنظام العام » .

---

(٤٢) يلاحظ ان القانون المدني الكويتي قد اخذ بالتقادم (مرور الزمن) باعتباره مانعا من سماع الدعوى بالحق ، دون ان يكون مؤديا الى سقوطه (م. ٤٣٨ ـ ٤٥٨) . وذلك جريا على احكام الفقه الاسلامي في هذا الشان . وهو المسلك الذي اتبعه مشروع تقنين احكام الشريعة الاسلامية في المعاملات في مصر (م. ٣٦٤ ـ ٣٧٩) . وسوف نعرض لحكم مرور الزمن بالتفصيل فيما بعد . وقد نصت المادة ٣٧٧ من هذا المشروع على ما ياتي « لا ينقضي الحق بمرور الزمن . فاذا اقر المدين بالحق امام القضاء اخذ باقراره ، واذا انكر المدين الحق ، فلم تسمع الدعوى ضده ، تخلف في ذمته التزام طبيعي » .

ويتضح لنا من ذلك انه اذا لم ينص المشرع على وجود التزام طبيعى ، كان للقاضى سلطة تقدير وجود هذا الالتزام من عدمه . وهو فى ذلك يخضع لقيدين : الأول يوجب على القاضى التاكد من وجود واجب أدبى يرقى فى الوعى العام للجماعة الى منزلة الالتزام الطبيعى أما الثانى فيمنع القاضى من اعتبار الواجب الأدبى التزاما طبيعيا ما دام يخالف النظام العام .

وعلى ما تقدم فان حالات الالتزام الطبيعى قد تكون تشريعية أو قضائية .

٣٩ ـ تطبيقات فكرة الالتزام الطبيعى :

نظرا لصعوبة حصر هذه التطبيقات ، نسوق بعضا منها وتنتمى فى مجموعها الى فكرة الواجب الادبى الذى يرقى فى الوعى العام للجماعة الى وجوب الوفاء به.

من ذلك واجب تعويض الغير عما أصابه من ضرر على الرغم من عدم توافر اركان المسئولية . وواجب عدم الاثراء على حساب الغير ولو لم تتوافر شروط الغبن وواجب مساعدة القربى الذين لا تجب نفقتهم قانونا وواجب الاعتراف بالجميل ومجازاة صاحبه . كمن يهب الطبيب مبلغا لانه انقذ حياته .

٤٠ ـ آثار الالتزام الطبيعى :

بادىء ذى بدء أن الالتزام الطبيعى ينقصه عنصر المسئولية ومن ثم فلا جبر فى تنفيذه . اذ أن هذا التنفيذ مناطه اختيار المدين . وفى ضوء ذلك يمكننا أن نلخص آثار الالتزام الطبيعى فيما يلى :

أولا : أن تنفيذ المدين للالتزام الطبيعى يعد وفاء لدين وليس تبرعا . ومؤدى ذلك أن المدين لا يمكنه أن يسترد ما أداه على أنه وفاء لالتزام طبيعى (م. ٢٨٢ مدنى كويتى ـ م. ٢٠١ مدنى مصرى) .

ثانياً : أن الالتزام الطبيعى يصلح سببا لنشوء التزام مدنى (م. ٢٨٣ مدنى كويتى ـ م. ٢٠٢ مدنى مصرى) . وتفسير ذلك انه اذا تعهد المدين بالوفاء بالتزام طبيعى فان تعهده يكون صحيحا ويقوم الالتزام الطبيعى منه مقام السبب . ويشترط لصحة التعهد المذكور أن يكون المدين قد قصد أن يلزم نفسه بالالتزام .

خلا ما تقدم ، فلا تترتب على الالتزام الطبيعى أى آثار اخرى • فلا يمكن أن تقع مقاصة بين التزام مدنى فالمقاصة تنبنى على وفاء قهرى والوفاء بالالتزام الطبيعى لا يكون الا اختياريا لتخلف عنصر المسئولية فيه • كذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى • اذ الكفالة التزام تابع وغير منطقى أن تكون اقوى من الالتزام الأصلى أى الالتزام الطبيعى وهو الالتزام المكفول(٤٣) •

٤١ ـ مشروع تقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية فى مصر وفكرة الالتزام الطبيعى :

أولا : جاءت أحكام لالتزام الطبيعى فى المشروع على غرار أحكامه فى القانون المدنى المصرى الحالى والقانون المدنى الكويتى •

وقد استهل المشروع هذه الأحكام بحكم فى الفقرة الثانية من المادة ٢١٠ بخصوص عدم تنفيذ الالتزام الطبيعى تنفيذا جبريا • وقد المحنا الى هذا الحكم من قبل واشرنا الى ما يطابقه من نصوص القانون المدنى المصرى الحالى والقانون المدنى الكويتى •

ثانيا : وقد عرض المشروع فى المادة ٢١١ لحالات الالتزام الطبيعى ونصها كالآتى :

« يقدر القاضى ، عند عدم النص ، ما اذا كان هناك التزام طبيعى ، وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام » •

والنص يطابق المادة ٢٠٠ من القانون المدنى المصرى الحالى • كما يطابق المادة ٢٨١ من القانون المدنى الكويتى وهى مستمدة من النص المصرى الحالى مع اختلاف طفيف فى الألفاظ • وتقديرى ، أن النص الكويتى أكثر دقة ووضوحا بصياغته • وسبب الوضوح عبارة وردت به خلا منها النص المصرى الحالى ونص المشروع • فالنص الكويتى قال « يقدر القاضى ، عند عدم النص ، متى يعتبر الواجب الأدبى التزاما طبيعيا » والعبارة التى نعنيها « متى يعتبر الواجب الأدبى » • ومظهر الوضوح أن العبارة تشير الى أن النص الكويتى قد أخذ فى فكرة الالتزام الطبيعى بالنظرية الحديثة التى ترى من الالتزام الطبيعى واجبا أدبيا يعترف له القانون ببعض الآثار على ما ذكرت من قبل بصدد شرح هذه النظرية • وعلى اية حال فان نص المشروع قد قسم حالات الالتزام الطبيعى الى حالات تشريعية واخرى قضائية • والقاضى يقدر وجود الالتزام الطبيعى عند انعدام النص ويخضع فى ذلك لقيدين هما :

القيد الأول : التأكد من وجود واجب أدبى يرقى فى الوعى العام للجماعة الى منزلة الالتزام الطبيعى •

---

(٤٣) BOUT : op. cit., n. 58.

القيد الثانى : ويمنع للقاضى من اعتبار الواجب الأدبى التزاما طبيعيـــا ما دام يخالف النظام العـام وحرى بنا ان نشير الى ملاحظة بشأن القيد الأول ومؤداها : أن المشرع المدنى الكويتى قـد نص على هـذا القيد صراحة فى المـادة ٢٨٨ من القانون المدنى هناك ، وقـد سلك هـذا المسلك مشروع القانون المدنى المصرى الجـديد فى المـادة ٢١١ سالفة الذكر ٠

ويبقى مـع ذلك أن نبرز ـ وهنا تظهر أهمية الملاحظة ـ أن النص الحالى للقانون المدنى المصرى (م٠ ٤٠٠) لم ينص صراحة على هـذا القيد وان نص على القيـد الثانى بخصوص النظام العام ٠ وان كنا نعتقد أن عـدم النص ربمـا يكون بالنسبة لقيـد النظام العام ـ دون القيد الأول ـ لبداهته ٠

ثالثا : وعن آثار الالتزام الطبيعى ، فقـد نصت المـادة ٢١٢ من المشروع على انه اذا وفى المدين باختياره التزاما طبيعيا صـح وفاؤه فلا يجـوز له أن يسترد ما أداه » ٠ ومعنى ذلك ان تنفيذ الالتزام الطبيعى يعـد وفاء وليس تبرعا ٠ ومؤدى ذلك أن المدين لا يمكنه ان يسترد ما أداه ٠ والنص يطابق المـادة ٢٠١ من القانون المدنى المصرى الحالى كما يطابق المـادة ٢٨٢ من القانون المدنى الكويتى ٠ اضافة الى ذلك نصت المـادة ٢١٣ من المشروع على ما يأتى « يصلح الالتزام الطبيعى سببا لالتزام مدنى » ٠

فلو تعهـد المدين بالوفاء بالتزام طبيعى كان التعهد صحيحا ، ويقـــوم الالتزام الطبيعى منه مقـام السبب ٠ ويشترط أن يكون المدين قـد قصـد أن يلزم نفسه بالالتزام ٠ والنص يطابق المـادة ٢٠٢ من القانون المدنى المصرى الحالى كما يطابق المـادة ٢٨٣ من القانون المدنى الكويتى ٠

٤٢ ـ الالتزام الطبيعى فى الفقـه الاسـلامى :

ان التطبيقات كثيرة وقاطعـة الدلالة على أن فكرة الالتزام الطبيعى لم تعـدم وجـودها فى الفقـه الاســلامى ٠ ونسوق على سبيل المثال لا الحصر تطبيقين : أولهما فى مجال التقـادم وثانيهما فى مجال منافـع الغصـــب وضمانهـــا ٠

التطبيق الأول : فى مجال التقادم : ونصت عليه المـادة ١٩٥ من مرشـد الحيران(٤٤) فى عجزها اذ قالت « ٠٠٠٠ لا تسمع دعـوى الدين على المدين بعـد مضى خمس عشرة سنة بلا عـذر وان لم يسقط الحـق بمرور الزمان » ٠

---

(٤٤) كتاب مرشـد الحيران الى معرفـة احـوال الانسان فى المعـاملات الشرعية على مذهب الامام الأعظم ابى حنيفة النعمان ٠ محمد قـدرى باشا ، الطبعة الثالثة ، بالمطبعة الأميرية بمصر ، سنة ١٩٠٩ ٠

ومفهوم ذلك انه على الرغم من عدم جواز سماع دعوى الدين على المدين بعد مضى خمس عشرة سنة ، فان الحق لا يسقط بتقادم الزمن . ومعنى ذلك ببساطة انه اذا قام المدين بالوفاء كان وفاء صحيحا بدين . وليس من شك فى ان ذلك يجسد فكرة الالتزام الطبيعى .

وقد نصت على ذلك ايضا المادة ١٦٧٥ من مجلة الأحكام العدلية بقولها « لا يسقط الحق بتقادم الزمان فاذا أقر المدعى عليه واعترف صراحة فى حضور الحاكم بأن حق المدعى عنده فى الحال على الوجه الذى يدعيه وكان قد مر الزمان على الدعوى فلا يعتبر مرور الزمان ويحكم بموجب اقرار المدعى عليه » .

وعلى ذلك ، فانه اذا أقر المدعى عليه بالحق فى ذمته رغم مرور الزمان ، فلا يعتبر مرور الزمان هذا ، ويحكم باقراره ، واذا قام بالوفاء كان وفاء صحيحا[٤٥] ، وليس من شك فى أن ذلك يتضمن الفكرة التى يقوم عليها الالتزام الطبيعى .

٤٣ ــ وقد أخذ التقنين المدنى الجديد فى الكويت بأحكام الفقه الاسلامى السابقة (م. ٤٣٨ وما بعدها) فالحق لا ينقضى ولا يسقط بتقادم الزمان وانما يترتب على مرور الزمان مدة معينة منع سماع الدعوى بالحق . وعدم سماع الدعوى ليس مبنيا على بطلان الحق وانما هو مجرد منع القاضى من سماعها مع بقاء الحق لصاحبه حتى لو أقر به الخصم لزمه ، ومنع سماع الدعوى فى هذا المقام هو من قبيل تخصيص قضائه بالزمان والمكان والخصومة[٤٦] وقد أخذ مشروع تقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات فى مصر بهذا الاتجاه أيضا وقصر اثر مرور الزمن على سقوط الدعوى بالحق دون أن يؤدى الى سقوط الحق ذاته[٤٧] .

---

(٤٥) راجع فى تطبيقات اخرى لفكرة الالتزام الطبيعى فى الفقه الاسلامى صبحى محمصانى ، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ، الطبعة الثانية بيروت ١٩٧٢ م ، جـ ٢ ص ٥٣٦ ــ ٥٣٩ ــ زهدى يكن ، شرح قانون الموجبات والعقود ، الطبعة الثانية ، بيروت جـ ٢ ، رقم ٩٣ ، ص ٩٤ ــ ٩٦ .

(٤٦) راجع ، المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى الجديد .

راجع أيضا حكم المادة ١٨٠١ من مجلة الأحكام العدلية .

وسوف نتناول احكام مرور الزمان تفصيلا فيما بعد وذلك فى الباب الأخير من هذه الدراسة وقد خصصناه لبحث أسباب انقضاء الالتزام . ونحاول أن نبرز من خلال هذه الدراسة احكام مرور الزمن (التقادم) فى الفقه الاسلامى .

(٤٧) راجع المادة ٣٦٤ وما بعدها من المشروع . وسوف نعرض لها فيما بعد فى الباب الأخير من هذه الدراسة .

٤٤ ـ التطبيق الثاني : في مجـال منافـع الغصب وضمانها :

اضـافة الى ما تقـدم ، نجـد تطبيقا آخر لفكرة الالتزام الطبيعي في الفقه الاسـلامي ـ الحنفي منه بصفة خاصـة ـ ويتعلق بعـدم ضمان المنافـع في الغصب في هـذا المذهب • فقـد جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم « منافـع الغصب لا تضمن الا في ثلاث : مال اليتيم ومال الوقف والمعد للاستغلال »(٤٨) وورد به ايضا ، وفي موقـع آخر « أجرها الغاصب ورد أجرتها الى المـالك تطيب له »(٤٩) • وجاء في حاشية رد المختار لابن عابدين أيضا ما يلي :

« منافـع الغصب استوفاها أو عطلها فانها لا تضمن عندنا •••• الا في ثلاث •••• كذا في الأشباه »(٥٠) وجاء ايضاً في تكمله الحاشية سالفة الذكر ما يأتي : « لو غصب دارا معـدة للاستغلال او موقـوفة او ليتيم وسـكنها المستأجر يلزمه المسمى لا اجر المثل قيـل له وهـل يلزم الغاصب الأجر لمن له الدار ؟ فكتب لا ولكن يرد ما قبض على المـالك وهـو الأولى : ثم سئل : يلزم المسمى للمـالك أم للعاقـد ؟ فقال : للعاقـد ، ولا يطيب له بل يرده على المـالك ، وعن أبي يوسـف يتصـدق به »(٥١) •

ونستخلص من كل ذلك ، ان المنافـع ـ منافـع الغصب ـ لا تضمن عند الاحنـاف • وهم يجعلون الأجرة ـ اجرة المغصوب ـ للغاصب لأنه العاقـد • لكن لا يطيب له الاحتفاظ بها لنفسه ، بل يردها الى المـالك أو يتصـدق بها • وهـذه الأفكار تتضمن فكرة الالتزام الطبيعي • فهناك التزام في ذمة الغاصب بأن يرد اجرة المغصوب الى المغصوب منه ، وهـو التزام طبيعي • فان رد الأجرة فللمـالك أن يأخـذها لأنها حقـه • فاذا لم يردها فانها لا تطيب له ويجب أن يتصـدق بهـا على قـول ابي يوسـف •

---

(٤٨) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، مشار اليه من قبل ، ص ٢٨٤ •

عكس ذلك : الحنابله • اذ نصت المـادة ١٣٩٤ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل على ان « منافـع المغصوب مضمونة •••• » الشافعية : راجـع المهذب للشيرازي ، مشار اليه من قبل ، الجزء الأول ، ص ٣٧٤ •

(٤٩) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٨٥ •

(٥٠) حاشية رد المحتار لمحمد امين الشهير بابن عابدين ، مشار اليه من قبل ، الجزء السادس ، ص ٢٠٦ •

(٥١) راجـع تكملة حاشية ابن عابدين • واردة بحاشية رد المحتار وتالية له وهي لنجل مؤلفها • وقـد سبق الاشارة اليه ، الجزء السادس ، ص ٢٠٩ •

الفصــل الثانى

التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض

EXÉCUTION PAR EQUIVALENT

٤٥ ـ تمهيــد وتقســيم :

رأينــا أن المــدين اذا لم ينفــذ التزامه مختارا كان للدائن أن يجبره على ذلك ، ولمــا كان الأصل أن يؤدى المــدين عين ما التزم به ، فان الاجبار ينصب على ذات الالتزام ويسمى التنفيذ العينى الجبرى ٠

ومر بنــا ايضا انه ليس كل التزام يصلح للتنفيذ العينى الجبرى وانمــا يصلح منه لذلك الالتزام المــدنى دون الالتزام الطبيعى وفى هــذا الصــدد ذكرنا أن التنفيذ العينى الجبرى للالتزام المــدنى قــد يكون مباشرا وقــد يتم باستعمال المــدين لوسائل غير مباشرة توصله اليه مثل حبس المــدين والغرامة التهــديدية ٠

والسؤال الآن : ماذا لو استحال على الدائن اجبار المــدين على التنفيذ العينى بصورة مباشرة أو غير مباشرة ؟

اجابة على هــذا التساؤل نقــول أنه ليس أمام الدائن فى هــذه الحالة ســوى اللجــوء الى التنفيذ بمقابل او عن طريق التعــويض ٠ فتعــذر التنفيذ العينى او التأخير فيــه يوجب على المــدين تعــويض الدائن عن ذلك ما لم يثبت أن عــدم التنفيذ أو التأخير يرجــع الى سبب أجنبى ٠ ونصت على ذلك المــادة ٢٩٣ من القانون المــدنى الكويتى والمــادة ١٥ من القانون المــدنى المصرى :

وخلاصة لمــا تقــدم ، وفى سبيل زيادة ايضاحة ، نذكر مرة أخرى بمــا قلنــا ، بخصوص آثار الالتزام ٠ فقــد ذكرنا أن الأثر الجــوهرى للالتزام هــو

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 680, p. 702-703.

تنفيذه أو بعبارة أدق تنفيذه · وقلنـــا أن الأصل فى التنفيذ أن يكون اختياريا من المدين · فاذا امتنع ، كان ذلك مدعاة تسمح للدائن باللجوء الى التنفيذ الجبرى أو القهرى · واذا كان الأصل فى التنفيذ الجبرى أن ينصب على ذات الالتزام ويسمى التنفيذ العينى الجبرى ـ مباشرا أو غير مباشر ـ فانه اذا استحال على الدائن التنفيذ العينى الجبرى بصـــورتيه كان له أن يجبر المـدين على التنفيذ بمقـــابل أو عن طريق التعــويض ·

اما وقـد تكلمنا عن التنفيذ الجبرى عينيا بصورتيه بقى أن نتناول التنفيذ بمقـــابل أو عن طريق التعــويض ·

وســـوف نعرض له فى النقـــاط التالية :

أولا : حالات التنفيذ بمقـــابل أو عن طريق التعــويض ·

ثانيا : شروط التعــويض ·

ثالثا : تقـدير التعــويض ·

ونـخصص لـكل منها مبحثا ·

المبحث الأول

حالات التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض

٤٦ ـ لما كان التنفيذ العينى هو الأصل على نحو ما ذكرنا من قبل ، فانه يترتب على ذلك بحكم المنطق القول بأن التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض يعد بديلا عنه • وهذا يعنى أن حالات التنفيذ بمقابل تتحدد اجمالا بالحالات التى لم يفلح فيها الدائن فى الوصول الى التنفيذ العينى .

٤٧ ـ متى يكون التنفيذ بطريق التعويض :

يكون التنفيذ بطريق التعويض ممكنا فى عدة حالات نوجزها فيما يلى :

١ ـ اذا كان التنفيذ العينى مستحيلا بخطأ المدين •

٢ ـ اذا كان التنفيذ العينى غير ممكن الا بتدخل المدين شخصيا او كان على الأقل غير ملائم الا بهذا التدخل ، ولم تفلح الغرامة التهديدية فى الوصول بالدائن اليه ، ولم يكن الأمر يتيح للدائن حق حبس المدين •

٣ ـ اذا كان التنفيذ العينى مرهقا للمدين رغم امكانه بحيث لا تتناسب الفائدة التى تعود على الدائن منه مع ما يصيب المدين من ضرر من جرائه •

٤٨ ـ صورتان للتعويض :

يلاحظ أن التعويض الذى يلجأ اليه الدائن كطريق للتنفيذ يتخذ صورة من اثنتين له(٢):

---

(٢) راجع : MARTY et RAYNAUD : op. cit., ويلاحظ ان وسائل تنفيذ التعويض هى وسائل التنفيذ العينى • اى التنفيذ الاختيارى والتنفيذ الجبرى •

راجع : السنهورى ، الوسيط ، الجزء الثانى ، مشار اليه من قبل ، رقم ٤٦٠ ، ص ٨٢٥ •

الصــورة الأولى ـ تعـويض عن عـدم التنفيذ : Compensatoires

ويفترض فيها أن المـدين لم يقم بتنفيذ التزامه أصـلا • ويلجـأ الدائن ـ كطريق للتنفيذ ـ الى المطالبـة بتعـويض عن عـدم التنفيذ • ويحـل هـذا التعـويض محـل التنفيذ العينى للالتزام ويعتبر تنفيذا للالتزام بمقابل •

الصــورة الثانية ـ التعـويض عن التاخر فى التنفيذ : moratoires

والفرض فى هـذه الصورة أن المـدين قـد نفـذ التزامه متأخرا • والتأخير فى التنفيذ مؤداه ـ بحسب المعنى الواسع له ـ ان المـدين لم ينفـذ الالتزام الا جزئيا او نفـذه بصـورة كاملة ولكن جاء التنفيذ معيبا أو نفـذه بصورة كاملة دون عيب ولكن بعـد الموعـد المحـدد لذلك •

والفارق بين الصـورتين واضح : اذ المـدين لم يقم بالتنفيذ كليـة فى الصـورة الأولى بخـلاف الصورة الثانية حيث قام المـدين بالتنفيذ متأخرا على المعنى المذكور للتاخر • وثمـة فارق آخر يمكن ان نضيفه اذ التعـويض فى الحالة الأولى يكون عن عـدم التنفيذ العينى ومن ثم فانه يعـد بديلا له كطريق للتنفيذ العينى غير موجـود وعلى ذلك لا يتصور أن يجتمع هـذا التعويض معه • بخـلاف الصـورة الثانية والتعـويض فيها عن التاخير فى التنفيذ ومن ثم يتصـور وجـود التنفيذ العينى وذلك فى حالة ما اذا كان التاخر يعنى تنفيذ المـدين لالتزامه كاملا ولكن بعـد الموعـد المحـدد لذلك • اذ يجتمع ـ كما هـو واضح ـ التعـويض عن التأخر مـع التنفيذ العينى(٣) •

---

(٣) وينبغى أن يكون واضحا ، ان التنفيذ بطريق التعـويض ليس معناه أن تعـويضا مثل هـذا يعـد التزاما تخييريا او التزاما بدليـا الى جانب التنفيذ العينى • فالالتزام يبـقى كما هـو لا يتغير ، سـواء نفـذ عينا او عن طريق التعـويض • كل ما هنالك ان الذى تغير هـو محـل الالتزام • فبعـد أن كان تنفيذا عينيا اصبح تعـويضا •

راجـع : السنهورى ، الوسيط ، الجزء الثانى ، مشار اليه من قبـل ، رقم ٤٠٩ ، ص ٧٦٢ ـ ٧٦٣ •

المبحث الثانى

شروط التعـويض

٤٩ ـ طائفتـان من الشروط :
يشترط لامكان لجـوء الدائن الى التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعـويض طائفتان من الشروط :

الطائفـة الأولى ـ تضم الشروط الموضوعية :

مؤداها عـدم قيام المـدين بالتنفيذ العينى ممـا يؤدى الى اصابة الدائن بضرر وان يكون الضرر ناتجـا عن عـدم قيام المـدين بالتنفيذ العينى • وفى الحق أن هذه الشروط الموضوعية تمثل شروط المسئولية المدنية بصفة عامة وهى الخطـأ (عـدم التنفيذ) والضرر وعلاقـة السببية بين الخطـأ والضرر •

اما الطائفـة الثانية من الشروط ـ فنعنى بها الشروط الشكلية :

ولا تتضمن فى الواقـع الا شرطا واحـدا يتمثل فى وجـوب قيام الدائن باعـذار المـدين • ولـما كانت الشروط الموضوعية ترجمة لأركان المسئولية المدنية بصفة عامة ، فان موقـع دراستها يكون فى مصادر الالتزام ونحيل بشأنها الى مؤلفـات الفقـه المتخصصة •

وعلى ذلك سـوف نقصر دراستنا هنـا على الاعـذار باعتباره شرطا شـكليا لا يجـوز للدائن اللجـوء الى التنفيذ بمقابل الا باستيفائه •

٥٠ ـ الاعـذار والغرض منـه : Lamise en demeure

نصت المـادة ٢٩٧ من القانون المـدنى الكويتى الجـديد (م• ٢١٨ مدنى مصرى) على أنه « لا يستحق التعـويض الا بعـد أعـذار المـدين •• » •

والمعنى الواضح للنص يشير بادىء ذى بدء الى قاعـدة عامة مؤداها أن الاعـذار شرط لاستحقاق التعـويض • بحيث يتعين على الدائن وهـو بسبيل

SAVATIER : op. cit., p. 228, n. 175.

طلب التنفيذ بمقابل او عن طريق التعـويض أن يقـوم باعـذار المـدين أولا أى يطالبه بالوفاء • فاذا لم ينفـذ يكون طلب التعـويض •

والاعـذار اجراء شكلى استلزمه القانون ومن شأنه أن يجعل المـدين فى حالة تأخر عن تنفيذ التزامه حيث الغرض الأساسى منه •

٥١ ـ شـكل الاعـذار :

يكون اعـذار المـدين ـ على حـد قـول المـادة ٢٩٨ مدنى كويتى ـ بانذاره أو بورقـة رسمية تقـوم مقام الانذار ، كما يجـوز ان يكون الاعـذار بأى وسيلة اخرى يتفق عليها • فالقاعـدة على هـذا النحـو بخصوص شكل الاعـذار تتمثل فى وجـوب أن يتخـذ شـكل الانذار أو ورقـة رسمية تقـوم مقـامه ، والانذار عبارة عن ورقـة رسمية توجـه من الدائن الى المدين عن طريق مندوب الاعـلان (المحضر) يطلب فيها الدائن من المدين تنفيذ التزامه • أما بشخصه أو فى موطنـه ويمكن أن يتم الاعـذار بأى ورقـة رسمية أخرى تقـوم مقام الانذار ، والورقـة الرسمية التى تقـوم مقام الانذار هى كل ورقـة من هـذا النوع تعلن الى المـدين وتتضمن مطالبته بالوفاء • مثال ذلك صحيفة الدعـوى المتضمنة تكليف المدين بالحضور امام المحكمة فى تاريخ معين • وكذلك اعـلان السـند التنفيذى الذى يسبق التنفيذ (م• ٢٠٤ مرافعات كويتى) •

ونود ان ننبه هنا الى أن القاعـدة الواردة فى النص الأول بخصوص شكل الاعـذار والتى توجب أن يتخـذ شـكل الانذار أو ورقـة رسمية تقـوم مقـامه انمـا هى قاعـدة لا تتعلق بالنظام العام • فقـد أجاز النص المشار اليـه أن يتم الاعـذار بأى وسيلة أخرى ـ غير الانذار أو ما يقـوم مقامه ـ يتفق عليها • مثال ذلك الاتفـاق على أن يكون الاعـذار بخطاب موصى عليـه أو حتى بمجرد خطـاب عادى(٥) •

٥٢ ـ مدى ضرورة الاعـذار :

نقصـد بضرورة الاعـذار فى المقـام الأول ، ماذا كان اشتراط الاعـذار هـو امر ضرورى لاستحقاق الدائن تعـويضا سـوء كان تعـويضا عن عـدم التنفيذ أو عن التأخير فيه ؟ أم أن ضرورة الاعـذار كشرط مقصورة على أحـدهما ؟

واجابة على هـذا التساؤل ، فالرأى الراجح فى الفقـه أن الاعـذار مقصور على حالة مطالبة الدائن للمـدين بتعـويض عن التأخير فى التنفيذ • أما التعويض

---

(٥) راجـع فى ذلك ايضا حكم المـادة (٢١٩) من القانون المدنى المصرى •

عن عـدم التنفيذ فان الدائن يستحقه دون حاجـة الى اعـذار • وعـلة ذلك ان اشتراط الاعـذار مبناه التسامح • فقبل قيام الدائن به يفترض أنه قـد منح المـدين ضمنا أجـلا للوفاء ثم أعقبه بالاعـذار • وذلك يفترض ان الدائن يطالب بإتمـام تنفيذ بداه المـدين ومن ثم لا يتصور افتراضـه اذا كان الدائن يطالب بالتنفيذ بادىء ذى بدء لامتناع المـدين عنه أصـلا(٦) •

ونقصـد بضرورة الاعـذار فى المقـام الثانى ، أنه اذا كانت القاعـدة توجب الاعـذار شرطا لا يستحق الدائن التعـويض دونه ، فهـل الاعـذار ضرورى فى كل حـالة ؟

أجابت على هـذا التساؤل اجمالا المـادة ٢٩٧ من القانون المدنى الكويتى بقـولها « لا يستحق التعـويض الا بعـد اعـذار المـدين ، ما لم يقض الاتفـاق أو ينص القـانون على غير ذلك » •

والمعنى الواضـح للنص يؤدى بنـا الى القـول بأن الدائن يعفى من الاعـذار أما بالاتفاق أو بنص القانون •

٥٣ ـ الاعفـاء الاتفـاقى من الاعـذار :

فانه يكون بالاتفاق على استبعاد القاعـدة الواردة فى صـدر النص السابق والتى توجب اعـذار المـدين • بحيث يصير المـدين معـذرا بمجرد حلول أجـل الالتزام دون حاجـة الى أى اجراء •

والاتفـاق قـد يكون صريحا أو ضمنيا • وعن الاتفـاق الصريح فأمره واضـح • اما عن الاتفـاق الضمنى فمثاله أن يشترط فى عقـد المقـاولة وجوب انتهاء المقاول من عمله فى تاريخ محدد • فاذا لم ينته من عمله فى التاريخ المحدد كان للدائن أن يطالبه بالتعويض دون اعـذار • ذلك أن المدين يعد معذرا بمجرد حـلول التـاريخ •

٥٤ ـ الاعفـاء القـانونى من الاعـذار :

فقـد تصـدت لبيان حالاته المـادة ٢٩٩ من القـانون المـدنى الكويتى وهى حالات استثناها النص من وجـوب اشتراط الاعـذار بحيث يجـوز للدائن أن يطالب المدين بتعـويض دون حاجـة الى اعـذاره وهـذه الحالات هى(٧) :

---

(٦) راجـع فى هـذا المعنى : محمد لبيب شنب ، المرجـع السابق ، رقم ٢٣٢ ، ص ٢٢٣ •

(٧) راجـع حكم المـادة ٢٢٠ من القانون المدنى المصرى وقـد نصت على هـذه الحـالات أيضـــــا •

١ ـ اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين ٠ مثال ذلك أن يلتزم المدين بالامتناع عن القيام بعمل ولكنه يقوم به مخالفا الالتزام بالامتناع ٠ فما جدوى الاعذار هنا وقد غدا التنفيذ العينى للالتزام غير ممكنا ٠

ويشترط فى هذه الحالة ان يرجع عدم امكان التنفيذ العينى أو عدم جدواه الى فعل المدين ٠ فاذا كان بسبب أجنبى ، انقضى الالتزام ولا محل للتعويض ومن ثم لا مجال للاعذار ٠

٢ ـ اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع :
والصورة أن شخصا ارتكب عملا غير مشروع سبب ضررا للغير مما ترتب عليه نشوء المسئولية التقصيرية على عاتقه وتوجب تعويض الضرر ٠ والدائن (المضرور) اذ يطالب بالتعويض فانه يطالب به دون حاجة الى اعذار المدين ٠

٣ ـ اذا كان محل الالتزام تسليم شىء يعلم المدين انه مسروق أو رد شىء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك ٠

وتطبيقا لذلك ، فلو حصل شخص على شىء دون وجه حق لانه قام بسرقته أو كان قد تسلمه من شخص يعلم أنه سارق ، فانه يجب عليه ان يرده الى صاحبه ٠ والا كان لصاحبه ان يطالبه بالرد ٠ وان يطالبه أيضا بتعويض عن عدم الرد دون اعذار ٠ اذ لا عبرة بأن يتمسك مدين بالرد وهو سىء النية بوجوب قيام الدائن بأعذاره ٠

٤ ـ اذا صرح المدين كتابة أنه لن ينفذ التزامه :

فاذا صرح المدين بانه لن ينفذ التزامه ٠ كان دليلا على عنته وتعمده عدم التنفيذ وليس من المنطق فى شىء فى هذه الحالة ان نوجب على الدائن أعذار هذا المدين ٠ هذا من ناحية ، ومن ناحية اخرى فأنه لما كان لجوء الدائن الى التنفيذ بطريق التعويض يتضمن غالبا محاولة للتغلب على عنت المدين واصراره على عدم التنفيذ فان فى اشتراط ضرورة الاعذار حماية لمدين متعنت وهذا غير معقول ٠

وتجدر الاشارة الى ان تصريح المدين بانه لم ينفذ التزامه لا يعمل أثره فى اعفاء الدائن من الاعذار الا اذا كان مكتوبا ، ومن ثم لا يجوز اثباته بشهادة الشهود أو القرائن ٠

٥٥ ـ مشروع تقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية فى مصر والتنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض :

أولا ـ تقرر المادة ٢٢٧ من المشروع المبدأ العام بشأن التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض ويجرى نصها على النحو التالى :

« اذا كان تنفيذ الالتزام عينا جبرا على المدين غير ممكن أو غير مجد حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن عدم التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه · ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه » ·

وهذا النص المقترح من المشروع وان كان يقابل نص المادة ٢١٥ من القانون المدنى المصرى الحالى ، الا أنه يتضمن تعديلا له · والمادة ٢١٥ تنص على ما يأتى :

« اذا استحال على المدين ان ينفذ التزامه عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه · ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه » · وقد قصد بتعديل نص المادة ٢١٥ من القانون المدنى المصرى الحالى على النحو الوارد فى نص المادة ٢٢٧ من المشروع ان يشمل حكم النص الاخير حالة استحاله التنفيذ وحالة عدم جدواه · وهذا ما جاء بالمشروع تعليقا على هذا النص ·

والنصان يختلفان عن النص المقابل من القانون المدنى الكويتى وهو نص المادة ٢٩٣ وجاء بها « عند تعذر تنفيذ الالتزام عينا ، أو التأخير فيه ، ما لم يثبت المدين أن عدم التنفيذ أو التأخير كان لسبب أجنبى لا يد له فيه » ·

ونوجز مظاهر الاختلاف فيما يلى :

١ ـ يختلف النص الكويتى سالف الذكر عن نص المادة ٢٢٧ من المشروع · فحكم النص الأخير يشمل على ما رأينا ـ وعلى حد ما جاء فى التعليق عليه فى المشروع ـ حالة استحالة التنفيذ وحالة عدم جدواه ، على حين أن النص الأول لم يواجه ـ على الأقل ـ حالة عدم جدوى التنفيذ ·

٢ ـ يختلف النص الكويتى المشار اليه عن نص القانون المدنى المصرى الحالى ونص المشروع والاختلاف من حيث الصياغة · اذ المشرع الكويتى قد جمع ، وفى صياغة واحدة ، بين التعويض عن عدم التنفيذ والتعويض عن التأخر فيه ، بخلاف النصين المصريين محل المقارنة ، وقد ورد فيهما

حكم التعـويض عن عـدم التنفيذ أولا ثم جاء حكم التعـويض عن التأخر فى التنفيذ فيهما بالصيغة الآتية « ٠٠ ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه » ٠

ولا يفـوتنى أن أشـير الى أن نص المـادة ١٦٢ من قانون التجارة الكويتى الملغى هـو الذى يطابق ـ بخصوص حكمى التعـويض عن عـدم التنفيذ والتأخر فيه والفصـل بينهما من حيث الصياغة ـ النصين المصريين المشار اليهما ٠ أعنى المـادة ٢١٥ من القانون المدنى المصرى الحالى والمـادة ٢٢٧ من المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المـالية ـ وعلى الرغم من كل ذلك ، فقـد جاء فى المشروع المصرى تعليقا على المـادة ٢٢٧ منه ، أنهـا تطـابق نص المـادة ٢٩٥ من مشروع القانون المدنى الكويتى

ثانيا ـ وعن شروط العـويض :

اوجبت المـادة ٢٢٩ من المشروع قيام الدائن بأعـذار المدين ونصها كالآتى : « لا يستحق التعـويض الا بعـد أعـذار المدين ، ما لم ينص القانون أو الاتفـاق على غير ذلك » والاعـذار شرط شكلى لاستحقاق التعـويض يقـوم الى جانب الشروط الموضوعية كما ذكرنا من قبل ٠ وهـذا النص المقترح من المشروع وان كان يطابق المـادة ٢٩٧ من القانون المدنى الكويتى وتنص على أنه « لا يستحق التعـويض الا بعـد اعـذار المدين ، ما لم يقض الاتفـاق أو نص القانون على غير ذلك » فانه يختلف عن النص المقابل من القانون المدنى المصرى الحـالى ويقضى بمـا يلى « لا يستحق التعـويض الا بعـد أعـذار المدين ما لم ينص على غير ذلك » ٠ وواضح أن نص المشروع (م٠ ٢٢٩) قـد أضاف عبـارة « القانون أو الاتفـاق » بعـد لفظ ينص ٠ ويغـدو بذلك ـ مع النص الكويتى ـ اكثر دقـة ووضوحا من النص المقابل من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ أعنى نص المـادة ٢١٨ ٠

ثالثا ـ وعن شـكل الاعـذار :

نصت المـادة ٢١٤ من المشروع على ما يأتى : « يكون اعـذار المدين بانذاره أو بمـا يقـوم مقام الانذار ، ما لم يتفق على غير ذلك » ٠ والاعـذار يكون ـ كما هـو واضح ـ بانذار المدين أو بما يقوم مقامه ٠ وعلى ذلك فانه يمكن أن يكون بورقـة رسمية تعلن الى المـدين وتتضمن مطالبته بالوفاء كما ذكرنا من قبل ٠ مثال ذلك صحيفة الدعـوى المتضمنة تكليف المدين بالحضور أمام المحكمة فى تاريخ معـين ٠

وهــذا النص المقترح من المشروع وان كان يطابق فى الحكم المــادة ٢٩٨ من القانون المدنى الكويتى وقــد عرضنا لنصها من قبل ، فانه جاء مخالفاً من حيث الصياغة للنص المقابل من القانون المدنى المصرى الحالى وهــو نص المــادة ٢١٩ ٠ وتقضى بمــا يأتى : « يكون اعــذار المدين بانذاره أو بمــا يقــوم مقام الانذار ، ويجــوز أن يتم الاعــذار عن طريق البريد على الوجــه المبين فى قانون المرافعات ، كما يجــوز ان يكون مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكون المــدين معــذرا بمجرد حلول الأجــل دون حاجــة الى اى اجراء آخر » ٠

ويبــدو للوهلة الاولى النص المقابل من المشروع (م٠ ٢١٤) وقــد حــذفت منه عبارة « ويجــوز أن يتم الاعــذار عن طريق البريد على الوجــه المبين فى قانون المرافعات » وذلك اكتفاء بعبارة « او بمــا يقــوم مقام الانذار » كما استغنى المشروع فى نصــه عن عبارة « كما يجــوز أن يكون مترتبا على اتفــاق يقضى بأن يكون المدين معــذرا بمجرد حلول الأجــل دون حاجــة الى أى اجراء آخر »(٨) بعبارة « ما لم يتفق على غير ذلك » ٠

رابعا - وعن ضرورة الاعــذار :

فان نص المــادة ٢٢٩ من المشروع وقــد عرضنا له من قبــل واضــح فى امكان الاعفــاء منه أما بالاتفــاق أو النص ٠ فالاعفــاء من الاعــذار اعفــاء اتفاقى وقانونى ٠ وعن حالات الاعفــاء القانونى من الاعــذار فقــد تناولها المشروع فى المــادة ٢١٥ منه اذ قالت : « لا ضرورة لاعــذار المدين فى الحالات الآتية :

(أ) اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجــد بفعل المدين ٠

(ب) اذا كان محل الالتزام تعــويضا ترتب على عمل غير مشروع ٠

(ج) اذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق أو شيء تسلمه دون حــق وهــو يعلم بذلك ٠

(د) اذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه ٠

(هـ) اذا نص القانون أو اتفق الطرفان على عــدم لزوم الاعــذار ٠

---

(٨) يلاحظ ان هــذه العبارة من المــادة ٢١٩ من القانون المدنى المصرى بخصوص اعتبار المدين معــذرا بمجرد حلول الأجــل قــد وردت فى البند (أ) من نص المــادة ٢٩٩ من للقــانون المدنى الكويتى وجاء بشأنها فى مذكرته الايضاحية انها بمثابة حالة اعفــاء اتفــاقى من الاعــذار ٠

وهـذا النص المقترح من المشروع وان كان يطـابق النص المقابل من القـانون المـدنى المصرى الحالى وهـو نص المـادة ٢٢٠ ، الا أن النص الأخير قـد خلا من البند (هـ) الذى أضيف الى نص المشروع كما هـو واضح ٠

واضافة البند (هـ) الى نص المشروع سالف الذكر انمـا يثير التساؤل والمـادة ٢٢٩ من المشروع تنص على أنه « لا يستحق التعـويض الا بعـد اعـذار المدين ، ما لم ينص القانون او الاتفـاق على غير ذلك » ويلاحظ أن حالات الاعفـاء القانونى من الاعـذار قـد تضمنتها المـادة ٢٩٩ من القانون المدنى الكويتى والمـادة وان كانت تطابق ـ بشأن هـذه الحالات ـ المـادة ٢١٥ من المشروع كما تطابق المـادة ٢٢٠ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ يبقى أن نبرز خلو هـذا النص الكويتى ـ مثل نظيره من القانون المدنى المصرى الحالى ـ من البند (هـ) ورد بنص المشروع ٠

وبعـد كل ما تقـدم ، تجـدر الاشارة الى ان المشروع قـد اورد نص المـادة ٢١٤ منه بخصوص كيفية الاعـذار وكذا المـادة ٢١٥ بخصوص حالات الاعفـاء القانونى من الاعـذار فى الفصل الأول منه (أحكام عامة) وذلك بخلاف النصوص المقابلة من القانون المدنى المصرى الحالى والقانون المدنى الكويتى وقـد وردت تحت عنوان « التنفيذ بطريق التعـويض » ويرد ضمن أحـكام الفصل الثانى من الباب الثانى من القانون الأول ، بينما ورد فى الثانى تحت « البند ثانيا » من الفصل الأول من الباب الثانى ٠

المبحث الثالث

تقدير التعويض

٥٦ ـ التعويض القضائى والتعويض الاتفاقى :

الأصل أن القضاء يختص بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالتعويض حيث يقوم القاضى بتقدير التعويض ليقال انه تعويض قضائى ٠ ولكن ليس ثمة ما يمنع اتفاق الدائن والمدين ومقدما على مقدار التعويض الذى يحصل عليه الدائن حال عدم التنفيذ أو التاخير فيه ٠ ليقال أنه تعويض اتفاقى ويسمى الشرط الجزائى ٠

ونعرض لذلك تباعا فى مطلبين على التوالى :

المطلب الأول

التعويض القضائى

٥٧ ـ تمهيد وتقسيم :

اذا لم يقم المدين بالتنفيذ العينى او تأخر فيه كان للدائن أن يطالبه بتعويض ولكن أن يمتنع المدين عن أداء هذا التعويض فامناص من لجوء الدائن الى القاضى لاستصدار حكم بذلك ٠ وفى هذا تنص المادة ١/٣٠٠ من القانون المدنى الكويتى على ما يأتى : « تقدر المحكمة التعويض اذا لم يكن مقدرا فى العقد أو بمقضى نص فى القانون »(٩) ٠

ولما كانت دراسة التعويض بصفة عامة والتعويض القضائى بصفة خاصة تدخل ضمن دراسة المسئولية المدنية كما ذكرت عند تناول شروط التعويض فأننا نحيل مرة أخرى فى هذا الشأن الى المراجع المتخصصة فى المسئولية المدنية ٠

وعلى ذلك نقصر دراستنا للتعويض القضائى على الأسس التى يعتمد عليها القاضى فى تقدير التعويض ٠٠ هذا من ناحية ٠٠ ومن ناحية أخرى نتناول فى عجالة أنواع التعويض ٠

---

(٩) والنص يطابق ما جاءت به المادة ١/٢٢١ من القانون المدنى المصرى اذ قالت :
« اذا لم يكن التعويض مقدرا فى العقد او بنص القانون فالقاضى هو الذى يقدره ٠٠٠ » :

٩٨ ـ أسس التعويض :

وعن أسس التعويض القضائى ، فان القاضى يأخذ فى اعتباره وهو بسبيل تقدير التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب على حد قول المادة ٢/٣٠٠ من القانون المدنى الكويتى .

ومفهوم ذلك أن التعويض يكون عن ضرر اصاب الدائن ويتحدد هذا الضرر بما لحقه من خسارة ومافاته من كسب(١٠) .

وتطبيقا لذلك ، فانه اذا تقاعد صاحب مصنع عن توريد بضاعة الى احد التجار ولم يف بالتزامه مما دفع التاجر الى شراء البضاعة من مكان آخر بثمن مرتفع كان للتاجر باعتباره دائنا لصاحب المصنع ان يطالبه بتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء ذلك ، ويشمل التعويض :

١ ـ ما لحق الدائن من خسارة ماثلة فى الفرق بين ثمن البضاعة المتفق عليه فى العقد وثمن شرائها من مكان آخر .

٢ ـ مافات الدائن من كسب . ويتمثل فيما كان يحققه من ربح من صفقات ضاعت عليه فى سعيه لشراء البضاعة من مكان آخر .

ويلاحظ انه يشترط لكى يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة ومافاته من كسب ، أن يكون هذا الكسب وتلك الخسارة نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فيه وتكون كذلك اذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوفاها ببذل جهد معقول (م. ٢/٣٠٠ مدنى كويتى ـ ١/٢٢١ مدنى مصرى) .

ويجدر بنا ان نشير هنا الى موقف الفقه الاسلامى . فقد ذهب المرحوم الدكتور السنهورى الى القول بأنه « ويشترط فى الضمان ان يكون المضمون مالا متقوما فى ذاته وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذى يعطى بدلا عنه ، فلا تعويض عن المنافع ولا عن العمل الا فى حالات استثنائية محدودة . ويضيف : « ومن باب أولى لا تعويض عن أى خسارة تحملها الدائن او عن أى ربح فاته »(١١) .

SAVATIER : op. cit., n. 280, p. 341.

(١١) السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ، الجزء السادس ، المجمع العلمى العربى الاسلامى ، منشورات محمد الدايه ، بيروت ، ص ١٦٨ .

ويكفينا فى الرد على ذلك ، أن نستشهد بمـا خلصت اليـه هيئة كبـار العلماء بالملكة العربية السعودية ــ فى مجال الشرط الجزائى ــ من انه « و اذا كان الشرط الجزائى كثيرا عرفا بحيث يراد به التهـديد المـالى ويكون بعيـدا عن مقتضى القواعـد الشرعية فيجب الرجـوع فى ذلك الى العـدل والانصـاف على حسب مافات من منفعة او لحـق من مضرة ٠٠٠٠ »[١٢] ٠

٥٩ ــ نوعـا الضرر :

ويتخـذ الضرر المطلوب تعـويضه اما صـورة الضرر المـادى او الضرر الأدبى ٠ والضرر المـادى هـو ضرر يصيب الدائن فى مصلحة مالية بخـلاف الضرر الأدبى الذى يصيب المضرور فى مصلحة غير مالية كان يصيبه فى سمعته أو كرامته أو شرفه أو شـعوره ٠

واذا كان التعـويض عن الضرر المـادى ليس محلا لأى شـك ومن ثم لا يحتاج الى نص ، فقـد ثار الخلاف حـول تعـويض الضرر الأدبى ، وجاء نص المـادة ٣٠١ من القانون المـدنى الكويتى قاطعا فى شمول التعـويض للضرر الأدبى ٠ (م٠ ١/٢٢٢ مدنى مصرى) ٠

وننبه فى هـذا الصـدد الى ان جـواز تعـويض الضرر الأدبى ليس مطلقا ٠ اذ يتقيد أولا بمـا جاء فى المـادة ٣/٢٣١ مدنى كويتى ويقضى بعـدم جـواز الحكم بالتعـويض عن الضرر الأدبى الناشىء عن الوفاة الا للأزواج والأقارب الى الدرجـة الثانية[١٣] ويتقيد ثانيا بمـا جاء فى المـادة ٢٣٢ مدنى كويتى ويقضى بعـدم انتقال الحـق فى التعـويض عن الضرر الأدبى سـواء بالحـوالة أو الميراث الا اذا تحـددت قيمته بنص او اتفـاق أو كان الدائن قـد طالبـه به أمام القضاء[١٤] ٠

---

(١٢) بحث عن الشرط الجزائى ، مجلة البحـوث الاسلامية ، اللجنة الدائمـة للبحوث العلمية والافتاء ، هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية ــ المجلد الأول ــ العـدد الثانى ، ص ١٤٠ ــ ١٤٢ ٠

(١٣) راجع فى هـذا الصـدد حكم المـادة ٢/٢٢٢ مدنى مصرى وهـو مماثل فى الحكم ٠

(١٤) وتقتضى المـادة ١/٢٢٢ مدنى مصرى ، بعـدم انتقال الحـق فى التعـويض عن الضرر الأدبى للغير الا اذ تحـدد بمقتضى تفـاق أو طالب الدائن به امام القضاء ٠

ــ راجـــــع :

وفى القيدين السابقين ما يفيد اختلاف الضرر المادى عن الأدبى من حيث شمول التعويض لهما • هذا اضافة الى اختلاف بينهما من حيث الطبيعة كما ذكرت منذ قليل •

ويتم تقدير التعويض تبعا لقيمة الضرر وقت الحكم به سواء كان يزيد أو يقل عن قيمته وقت الاخلال بالالتزام •

٦٠ ـ التعويض النقدى والعينى :

والتعويض الذى يحكم به القاضى قد يكون تعويضا نقديا وقد يكون عينيا • والأصل ان يكون نقديا • ولكن يمكن تصور التعويض من طبيعة عينية غير نقدية • مثال ذلك امتناع تاجر السيارات عن تسليم السيارة للمشترى فيحكم عليه القاضى بتسليم سيارة اخرى • وهنا ننبه الى فارق يجب ان يكون بارزا بين التنفيذ العينى والتعويض العينى • ففى التعوض العينى يحكم القاضى بحصول الدائن على شىء آخر غير الشىء الذى التزم به المدين بخلاف التنفيذ العينى حيث يحكم القاضى بحصول الدائن على عين ما التزام به المدين •

ويلاحظ أنه لما كان التعويض النقدى هو الأصل فانه لا يجوز للقاضى أن يحكم بالتعويض العينى ما لم يطلبه الدائن • فاذا طلبه الدائن فان القاضى غير ملزم بالحكم له به وله أن يحكم بتعويض نقدى فهو الأصل • ولكن اذا كان الدائن قد طلب التعويض النقدى فلا يجوز للقاضى الحكم بالتعويض العينى الا بموافقته •

٦١ ـ احكام التعويض القضائى كما وردت بمشروع تقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية فى مصر :

تعرض المادة ٢٣٠ من المشروع للأصل العام فى تقدير التعويض او التعويض القضائى ، حيث تقدره المحكمة وفقا لضوابط أو أسس معينة • والمادة يجرى نصها على النحو التالى :

« ١ ـ اذا لم يكن التعويض مقدرا فى العقد أو بنص فى القانون ، فالقاضى هو الذى يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة ومافاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتاخير

فى الوفاء به • ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى استطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول •

٢ ـ ومع ذلك ، اذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشا او خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد » •

هذا النص المقترح من المشرع يطابق تماما نص المادة ٢٢١ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطابق ايضا نص المادة ٣٠٠ من القانون المدنى الكويتى ، التى استمدت حكمها اصلا من النص المصرى الحالى سالف الذكر • وقد عرضنا لهما من قبل •

ولما كانت دراسة التعويض بصفة عامة والتعويض القضائى بصفة خاصة تدخل فى دراسة المسئولين المدنية كما اوضحنا من قبل ، فاننا نكتفى هنا ايضا بالاحالة الى المراجع المتخصصة فى هذا الشأن •

ومع ذلك فاننا نستخلص من نص المشروع سالف الذكر اسس او ضوابط تقدير التعويض القضائى ، وتتمثل فيما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب على ما اوضحنا سلفا • ويشترط لكى يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ان يكون هذا الكسب الفائت وتلك الخسارة نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام او للتأخر فيه • والضرر اذ يتحدد بما فات من كسب وما لحق من خسارة يكون نتيجة طبيعية ـ على النحو المذكور فى النص ـ اذا لم يكن فى استطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول •

وتناولت المادة ٢٨٤ من المشروع المصرى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية حكم التعويض عن الضرر الأدبى فى ثلاث فقرات • والجديد فى هذا الحكم ما جاءت به الفقرة الثانية من النص المذكور اذ قالت : « ويتنقل الحق فى التعويض الى الورثة ، ما لم يثبت نزول المضرور عنه ، ولكن لا تجوز حوالته الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق او طالب الدائن امام القضاء » •

وهذه الفقرة تقابل الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ من التقنين المدنى المصرى الحالى ، كما تقابل المادة ٢٣٢ من التقنين المدنى الكويتى •

ولكن يبقى حكم المشروع متميزا عنهما بما ياتى : اذ ان انتقال الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى الى الورثة لم يتقيد فى هذا المشروع بتحديد هذا الحق بالاتفاق او رفع الدعوى وانما يتوقف على عدم نزول المضرور عنه •

المطلب الثانى

التعـويض الاتفـاقى

الشرط الجزائى

LA CLAUSE PENAL

٦٢ ـ تقســيم :

لقـد تضمنت المـادة ٣٠٢ من القانون المدنى الكويتى (مادة ٢٢٣ من القانون المدنى المصرى) مبدأ جـواز الاتفـاق مقـدما على تقـدير التعـويض المستحق للدائن حال اخـلال المدين بالتزامه وهـو المعروف بالتعـويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى · ونتناول تعريف هـذا الشرط ، ثم نحـدد نطاقـه ، وبعـد ذلك نبين سلطة القاضى حياله ثم نوضح حكمه فى الفقـه الاسلامى ·

٦٣ ـ تعريف الشرط الجزائى :

٥٠ ـ الشرط الجزائى عبارة عن بنـد فى عقـد يتضمن تحـديدا للجزاء المترتب على الاخـلال بالالتزام وذلك بتحـديد التعـويض المستحق للدائن لدى المـدين عن هـذا الاخـلال فهـو تقـدير اتفاقى للتعـويض يتم مقـدما ·

وحينما نقـول فى تعريف الشرط الجزائى بأنه بنـد فى عقـد ، فان مفاد ذلك أن يتفق الطرفان عليه اما فى العقـد الأصلى أو فى اتفـاق لاحـق · ويشترط فى جميع الأحـوال أن يتم التراضى عليـه قبـل وقـوع الاخـلال · ويلاحظ أن الاتفـاق على الشرط الجزائى هـو اتفـاق تابع للعقـد المنشىء للالتزام أصلا ، ومن ثم لا يمكن وصفه بالاستقلال ولو ورد الاتفاق عليه فى اتفاق لاحق ·

وثمـة خلط يتعين تجنبه بين الشرط الجزائى والعربون · فالعربون عبارة عن مبلغ يدفعـه أحـد المتعاقـدين للاخر وقت ابرام العقـد ويفيد أن لكل من

CARBONNIER : op. cit., n. 79. p. 284 - 286.
MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 543 - 592, p. 590 - 592.
V. aussi : BÉGUIN (J.) : « Clause Pénel » Rép. de dr. civ., 1878, t. 2.

طرفيه خيار العـدول عنه مالم يظهر أنهما قصـدا غير ذلك أو كان العرف يقضى بخـلافه (م٠ ٧٤ مدنى كويتى ـ م٠ ١٠٣ مدنى مصرى) ٠

فاذا عـدل من دفـع العربون فقـده واذا عـدل من قبضه التزم برده ودفـع مثله وذلك كله دون اعتبار لمـا يترتب على العـدل من ضرر ٠ والفارق الأول بين العربون والشرط الجزائى يتمثل فى أن الضرر شرط جـوهرى لاستحقاق مبلغ الشرط الجزائى بخـلاف العربون اذ لا قيمة لوجـود الضرر من عـدمه فى دفعـه أو رده بمناسبة العـدول ٠

ويمكن أن نضيف فارقا آخر ، فاذا كان الشرط الجزائى عبارة عن بنـد فى عقـد فانه قـد يدرج فى العقـد الأصلى الذى ينشىء الالتزام على عاتق المدين وقـد يكون فى اتفــاق لاحق ٠ أما العربون فان دفعـه يكون وقت ابرام العقـد ولا نتصور دفعـه بعـد ذلك ٠ لان دفعـه بعـد ابرامه لا يستجيب للغرض المحـدد فى النص للعربون ٠ اذ الغرض منه دلالة العـدول لا البت ٠ فيفيد أن للطرفين حق العدول ممـا ينبىء عن أن العقد لم يبرم نهائيا ٠ ويجدر بنا أن نشير ايضا الى اختلاف الشرط الجزائى عن الغرامة التهـديدية(١٦) ٠

فالشرط الجزائى اتفاقى بخلاف الغرامة التهـديدية وتكون بحكم القاضى ٠ هـذا من جهـة ، ومن جهـة ثانية ، فالمعيار فى الشرط الجزائى يتمثل فى قـدر ما لحـق الدائن من ضرر ومن ثم لايستحق التعـويض المتفق عليـه فى نطاقه اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه ضرر ٠ أما الغرامة التهـديدية ، فالمعيار فيها – كما ذكرنا من قبل ـ المركز المـالى للمدين وما يبديه من تعنت ٠ ومن جهة ثالثة ، فان الشرط الجزائى يكون نهائيا بحسب الأصل ٠ وقـولنا بحسب الأصـل حتى لا يتعارض ذلك مـع سلطة القاضى حياله ٠ أما الغرامة التهديدية فالحكم بها يكون مؤقتا ولا يقبل التنفيذ باعتباره حكما فى ذاته ٠ اضافة الى ما تقـدم ، ومن جهة خامسة ، نجـد الغرامة التهـديدية وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العينى ، أما الشرطالجزائى فلا علاقـة له بالتنفيذ العينى ٠

٦٤ ـ نطاق الشرط الجزائى والحكم المستحدث فى القانون المدنى الكويتى :

لقـد احسن المشرع المدنى الكويتى صنعا عندما حرص على ان ينص فى المـادة ٣٠٢ على المجال الذى يصح فيـه الاتفـاق مقـدما على مقـدار التعويض

---

(١٦) راجـع : السنهورى ، الوسيط ، الجزء الثانى ، مشار اليـه من قبـل ، رقم ٤٩١ ، ص ٨٦٥ ـ ٨٦٦ ٠

ويتمثل فى الحالة التى لا يكون فيها محل الالتزام مبلغا نقديا • اذ قال : « اذا لم يكن محل الالتزام مبلغا من النقود ، يجوز للمتعاقدين أن يقدرا مقدما التعويض فى العقد أو فى اتفاق لاحق » •

وعلة ذلك انه اذا كان محل الالتزام هو دفع مبلغ نقدى فان الاتفاق على تعويض عند اخلال المدين بالتزامه هو اتفاق على فائدة وفيه خروج على الشريعة ولا يمكن قبوله • أما اذالم يكن محل الالتزام مبلغا من النقود فالاتفاق على تقدير تعويضى يلتزم به المدين عند اخلاله بالتزامه يعد صحيحا عند جمهور فقهاء المسلمين ولا يبطل الا عند الشافعية(١٧) •

وواضح أن النص المدنى الكويتى يتفق مع احكام الفقه الاسلامى(١٨) • وان هناك من القوانين المدنية العربية ما يخالفه فى حكمه بشأن تحديد نطاق ومجال الشرط الجزائى • وعلى سبيل المثال فقد أجازت المادة ٢٢٣ من القانون المدنى المصرى الاتفاق مقدما على تقدير التعويض عن الاخلال بالالتزام ايا كان موضوعه ، دفع مبلغ نقدى أو غيره ، كما لو تمثل موضوع الالتزام فى القيام بعمل أو امتناع • ويكون بذلك قد فتح الباب أمام الفوائد بتوسيع نطاق الشرط الجزائى وشموله للالتزام بدفع مبلغ نقدى • وهذا يخالف الشريعة الاسلامية •

٦٥ ـ سلطة القاضى ازاء الشرط الجزائى :

لما كان الشرط الجزائى تقديرا اتفاقيا للتعويض فانه يخضع فى استحقاقه لشروط استحقاق التعويض بصفة عامة • وتتمثل هذه الشروط فى وجوب توافر أركان المسئولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة سببية • فاذا توافرت حكم القاضى على المدين بدفع التعويض المتفق عليه • اذ العقد شريعة المتعاقدين ويجب اكماله •

وتجدر الاشارة بهذه المناسبة الى المادة ٣٠٣ مدنى كويتى وقد نصت فى صدرها على انه « لا يكون التعويض المتفق عليه مستحقا اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه ضرر » (م• ١/٢٢٤ مدنى مصرى) • ومعنى ذلك ان الاتفاق على التعويض يبقى على ركن الضرر فلا يحكم بالتعويض اذا لم

---

(١٧) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى •

(١٨) وقد نص المشروع المدنى الكويتى صراحة على بطلان الفوائد فى المادة ٣٠٥ • وهو ما اخذ به مشروع تقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية فى مصر فى المادة ٢٢٤ كما سنرى •

يترتب على اخلال المدين بالتزامه أى ضرر للدائن[19] ولكن يظهر اثر الاتفاق على تقدير التعويض فيما يتعلق بركن الضرر فى مجال الاثبات • اذ لا يكلف الدائن باثبات وجود الضرر بل يفترض حصول ضرر ما وفقا لما قدره المتعاقدان • فاذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه اى ضرر فيكون أحد أركان المسئولية قد تخلف وبالتالى لا تحكم المحكمة باى تعويض • أما اذا لم يثبت المدين ذلك ولكنه اثبت أن الضرر الحادث أقل من التعويض جاز للقاضى أن يخفض التعويض أما اذا ادعى الدائن أن الضرر الذى لحقه يزيد على قيمة التعويض ، فعليه أن يثبت ذلك ويجوز للقاضى أن يزيد التعويض •

وسلطة القاضى فى تخفيض قيمة التعويض فى حالتين[20] (م• ٣٠٣ مدنى كويتى ـ م• ٢/٢٢٤ مدنى مصرى) •

١ ـ اذا اثبت المدين ان تقدير التعويض كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة • فلا يكفى أن يثبت أن الضرر الواقع فعلا أقل من المتفق عليه •

٢ ـ اذا اثبت المدين أن الالتزام قد نفذ فى جزء منه • اذ المفروض ان التقدير الاتفاقى للتعويض كان عن عدم التنفيذ الكلى •

٥٤ ـ أما عن سلطة القاضى فى زيادة التعويض فانها مشروطه بان يثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما • وعلة ذلك أن الاتفاق يتضمن اتفاقا على الاعفاء من المسئولية عما وقع من ضرر زائدا عن قيمة التعويض • والأصل أن هذا الاتفاق يعتبر صحيحا ويعمل به الا فى حالة غش المدين أو خطئه الجسيم[21] •

٦٦ ـ احكام التعويض الاتفاقى او الشرط الجزائى فى المشروع المصرى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية :

أولا : تضمنت المادة ٢٣١ من المشروع بشأن جواز الاتفاق مقدما على تقدير التعويض المستحق للدائن حال اخلال المدين بالتزامه وهو

---

(١٩) راجع : BEGUIN : op. cit., n. 8.

(٢٠) راجع فى الفقه الفرنسى ايضا : MAZEAUD : op. cit., n. 641, p. 689

(٢١) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى الجديد ، ص ١٧٨ ـ ١٧٩ ـ راجع ايضا المادة ٣٠٤ مدنى كويتى ، والمادة ٢٢٥ مدنى مصرى وحكمها مماثل •

المعروف بالتعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى · والمادة نصها كالآتى : « يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها فى العقد أو فى اتفاق لاحق » ·

وهذا النص المقترح فى المشروع يطابق المادة ٢٢٣ من القانون المدنى المصرى الحالى ونصها كالآتى : « يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة للتعويض بالنص عليها فى العقد أو فى اتفاق لاحق ، ويراعى فى هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ الى ٢٢٠ » ·

وعلى الرغم من القول بالتطابق بين النصين ، فان ما ينبغى أن يلاحظ أن المشروع قد أغفل فى النص المقترح الاشارة الى أحكام المواد الخاصة باستحالة التنفيذ لسبب أجنبى وسلطة القاضى فى انقاص التعويض اذا كان المضرور قد اشترك بخطئه فى احداث الضرر والاتفاق على زيادة عبء المسئولية أو التخفيف منه ، والاعذار · اذ أنه فيما عدا الأحكام التى وردت فى خصوص التعويض الاتفاقى ، فان هذا التعويض يخضع للأحكام ذاتها التى تسرى على تعويض يقدره القاضى ·

ويقابل المادتين فى القانون المدنى الكويتى ، المادة ٣٠٢ وقد عرضنا لها من قبل · ويهمنا هنا أن نبرز اختلافها عن نص المشروع والنص الحالى للقانون المدنى المصرى سالفى الذكر · وقد ألمحنا الى هذا الاختلاف من قبل بخصوص النص المصرى الحالى فاننا نكتفى بالقول : بأن النص الكويتى قد حدد نطاق الشرط الجزائى بالحالات التى لا يكون فيها محل الالتزام مبلغا نقديا · وذلك بخلاف النصين المصريين · والنص الكويتى أكثر دقة فى صياغته حيث يقطع الطريق على الفوائد الربوية التى تحرمها شريعتنا الغراء · ومع ذلك يجب أن يلاحظ ـ بصدد الاختلاف المنوه عنه ـ أن المشروع قد استحدث نصا يقضى بتحريم الفوائد الربوية نزولا على أحكام الشريعة الاسلامية ، وهو نص المادة ٢٣٤ وجاء على النحو الآتى :

« ١ ـ يقع باطلا كل اتفاق على تقاضى فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو التأخير فى الوفاء به ·

٢ ـ وتعتبر فائدة مستترة كل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها ، اشترطها الدائن ، اذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة » ·

وليس من شك فى أن واضع المشروع قد أحسن صنعا باستحداث هذا النص ، أعلاء لشريعة الله • والنص اذ يحرم الفوائد الربوية ، فانه يفرغ الاختلاف الذى أشرنا اليه بين نص المشروع (م• ٢٣١) والنص المدنى الكويتى (م• ٣٠٢) بخصوص نطاق الشرط الجزائى من كل قيمة ويجعله عديم الأهمية •

وتجدر الاشارة فى هذا المقام الى أن النص المستحدث من المشروع الذى يقضى بتحريم الفوائد الربوية صراحة (م• ٢٣٤) انما يطابق تماما المادة ٣٠٥ من القانون المدنى الكويتى •

ثانيا : لما كان الشرط الجزائى يخضع فى استحقاقه لشروط المسئولية المدنية ، فقد ابقى المشروع على ركن الضرر ، فلا يحكم بالتعويض اذ أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه اى ضرر • وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٢٣٢ من المشروع ، وتطابق الفقرة الأولى من المادة ٢٢٤ من القانون المدنى المصرى الحالى كما تطابق المادة ٣٠٣ من القانون المدنى الكويتى بالحكم الوارد فى صدرها ، وقد أشرنا الى ذلك من قبل •

ثالثا : وعن سلطة القاضى ازاء الشرط الجزائى ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٢ من المشروع على سلطة القاضى فى خفض قيمة التعويض « اذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة ، او أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه » • ونص هذه الفقرة يطابق الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطابق المادة ٣٠٣ من القانون المدنى الكويتى بالحكم الذى جاء فى عجزها •

اما عن سلطة القاضى فى زيادة التعويض المتفق عليه ، فقد نصت المادة ٢٣٣ من المشروع على انه « اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى ، جاز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة » وهذا النص المقترح من المشروع يقابل المادة ٢٢٥ من القانون المدنى المصرى الحالى ، والمادة ٣٠٤ من القانون المدنى الكويتى وقد عرضنا لهما من قبل • وتجدر الاشارة الى أن زيادة التعويض مشروطة صراحة فى النصين الأخيرين بأن يثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسيما • وقد ألمحنا الى ذلك وعلته من قبل •

رابعا : ونلحظ أخيرا ، أن المشروع قد استحدث المادة ٢٣٥ وتنص على أنه « اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، وتأخر المدين فى الوفاء به ، جاز للدائن أن يطالب بتعويض الضرر الذى لحقه بسبب هذا التأخير » • وجاء فى المشروع تعليقا على هذا النص أن الشريعة الاسلامية

لا تابى التعـويض عن الضرر الذى يلحـق الدائن فى مثل هـذه الحالة • وهـذا النص المقترح من المشروع يقـابل المـادة ٣٠٦ من القانون المدنى الـكويتى ونصها كالآتى : « اذا كان محـل الالتزام مبلغـا من النقـود ، ولم يقم المدين بالوفاء به بعـد أعـذاره ، مـع قـدرته على الوفاء ، واثبت الدائن أنه قـد لحقـه بسبب ذلك ضرر غير مألوف ، جاز للمحكمة أن تحكم على المدين بتعويض تراعى فيه مقتضيات العـداله » • وواضح أن النص الـكويتى يختلف عن نص المشروع خاصـة بالنسبة لفكرة الضرر غير المـألوف •

٦٧ ـ موقف الفقـه الاسـلامى من الشرط الجزائى :

الشرط الجزائى لم يكن معروفا بهـذا الاسم لدى فقهائنا الأقـدمين ، وانمـا جاء ذكره فى صـور مسائل فقهية • ولعـل اول وجـود له فى الفقـه الاسلامى ما رواه البخارى فى صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلا قال لكريه : ادخل ركابك ، فان لم أرحـل معك يوم كذا أو كذا فلك مائة درهم • فلم يخرج ، فقال شريح : من شرط على نفسه طائعـا غير مكره فهـو عليـه • فهـذه المسألة صريحة فى أنها من أنواع الشروط الجزائية(٢٢) • ويظهر لنـا من مؤلفات المحـدثين فى الفقـه الاسلامى أن فكرة الشرط الجزائى ليست غريبة عنـه وبصـفة خاصـة لدى المـالكية •

فقـد نقـل احـدهم عن الحطاب قـوله : « وأما اذا التزم أنه اذا لم يوف حقـه فى وقت كذا فعليه كذا وكذا لفـلان أو صـدقه للمساكين • فالمشهور أنه لا يقضى به كما تقـدم وقال ابن دينار يقضى به » ، ويضيف أن الشيخ الحطاب قرر أن هـذا الالتزام فى ذاته ـ أى الشرط الجزائى ـ صحيح يجب الوفاء به • ويصـل من ذلك ـ بحـق ـ الى أن المـالكية يصححون الشرط الجزائى الا اذا كان مفضيا الى الربا(٢٣) •

---

(٢٢) راجع : مجلة البحوث الاسلامية ـ اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء : بحث فى الشرط الجزائى ـ هيئة كبـار العلماء بالمملكة العربية السعودية ، مشار اليـه من قبـل ، ص ٦١ ، ١٣٩ •

(٢٣) راجع الشيخ زكى الدين شعبان فى رسالته التى حصـل بها على شـهادة العالمية فى نظـرية الشروط المقترنة بالعقد فى الشريعة والقانون • الطبعة الاولى ، ١٩٦٨ ، القاهرة ، ص ١٦٢ ـ ١٦٤ ، راجـع ايضـا فى الشرط الجزائى فى الفقه الاسلامى : مصطفى الزرقاء ، المدخل الفقهى العـام رقم ٣٨٦ ، ص ٧١٣ ـ ٧١٤ •

وقـد جـوز الحنابلة الشرط الجزائى • ففى اطار تقسيم الشروط المقترنة بالعقـد عندهم الى شروط صحيحة فاسدة ، ولا يتسع المجال لعرضها(٢٤) ، نجـد الشرط الجزائى يقـع ضمن الشروط الصحيحه ، وعلى وجـه الدقـة فانه ينـدرج تحت نوع منها هـو الشروط التى تحقق مصلحة العاقـدين ، ووجـه المصلحة ان الشرط الجزائى حافز لمن اشترط عليه أن ينجز للمشترط حقه ومساعد له على الوفاء بشرطه ، فكان شبيها باشـتراط الرهن والكفيل فى الوفاء كصـاحب الشرط • وعلى ذلك فالشرط الجزائى يرتبـط العقـد حيث انه تقـدير للضرر للتوقع حصوله فى حالة عـدم الوفاء بالالتزام(٢٥) •

وقـد خلص الراى فى هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السـعودية وبالاجماع الى أن الشرط الجزائى الذى يجرى اشتراطه فى العقـود شرط صحيح معتبر يجب الأخـذ به ما لم يكن هناك عـذر فى الاخـلال بالالتزام الموجب لـه يعتبر شرعا فيكون العـذر مسقطا لوجـوبه حتى يزول • واذا كان الشرط الجزائى كثيرا عرفا بحيث يراد به التهديد المـالى ويكون بعيدا عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجـوع فى ذلك الى العـدل والانصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحـق من مضرة • ويرجع فى تقـدير ذلك عند الاختلاف رأى الحاكم الشرعى عن طريق اهـل الخبرة والنظر(٢٦) •

---

(٢٤) راجع القواعد النورانية الفقهية لشيخ الاسلام ابن تيمية ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٩٩ هـ ، ص ١٨٤ ، وما بعدها •• وراجع عرض اقسام الشروط فى المذاهب المختلفة بحثنا عن شرط المنـع من التصرف بين الشريعة والقانون •

(٢٥) بحث عن الشرط الجزائى لهيئة كبـار العلماء بالملكة العربية السعودية فى مجلة البحوث الاسلامية ، مشار اليه فيما سبق ، ص ١٣٤ •

(٢٦) راجع بحث هيئة كبـار العلماء المشار اليه والراى فى تصحيح الشرط الجزائى واسانيده ، ص ١٤٠ ــ ١٤٢ •

راجع ايضـا ، تعميم معالى وزير العـدل فى المملكة العربية السعودية رقم ٦٠/١٣/ت وتاريخ ١٣٩٥/٣/٢٦ حول قرار هيئة كبـار العلماء المتضمن ان الشرط الجزائى الذى يجـرى اشـتراطه فى العقـود صحيح معتبر يجب الأخـذ به مالم يكن هنـاك عـذر فى الاخـلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعا فيكون العذر مسقطا •

وملخص التعميم على هـذا النحـو ، منشور فى مجموعة الأنظمة واللوائح والتعليمات التى تصـدرها وزارة العـدل • فهرس التعاميم الصادرة بتوقيع معالى الوزير الموجودة بادارة الوثائق والبحوث • ص ٤٠ من المجموعة •

الفصــل الثالث

وســائل ضمان التنفيذ

٦٨ ـ حـق الضمان العـام ووســائل حمايته :

عرضت المـادة ٣٠٧ مدنى كويتى (٢٣٤ مدنى مصرى) للضمان العـام للدائنين ويقصــد به أن لـكل دائن أن يستوفى حقــه جبرا عن المدين بالتنفيذ على أمواله • وتظهر عمومية هــذا الضمان من ناحيتين : الأولى ومؤداها أن جميع اموال المدين تضمن الوفاء بحــق الدائن • اذ يجـوز له أن ينفــذ على أى مال يوجــد فى ذمة المدين وقت التنفيذ سواء أكان موجـودا وقت نشوء الحـق الذى يراد استيفاؤه جبرا او وجـــد فى ذمة المدين بعـــد نشوء الحـــق(1) • الثانية : وتظهر فيها عمـومية الضمان على معنى انه لا يخص دائن واحـد وانما هـو ضمان مقرر لكل الدائنين ومؤدى ذلك المساواة بينهم فيــه ممــا يؤدى الى قسمة الغرماء فى حالة تعـددهم والمدين واحــد • ويلاحظ أن المساواة تقـوم بين الدائنين العاديين دون غيرهم أصحاب حقوق تخولهم التتبع والتقــدم •

وليس من شــك فى أن للدائن مصلحة فى المحافظة على الضمان وتقويته • ولذا شرع من الوســائل ما هــو كفيل بتمكين الدائن من التغلب على ما من شأنه ان ينقص او يضعف هــذا الضمان فقــد يمتنع المدين عن استعمال حقوقه تجــاه الغــير ممــا يضر بحــق بالدائن لأن ذلك يجعل هــذه الحقــوق بمنأى عن الضمان العام • كذلك قــد يقــوم المدين بالتصرف فى أمواله • بقصــــد الاضرار بدائنه ممــا يؤدى الى اخراج المــال محــل التصرف من نطاق الضمان العام للدائن ومن ثم الى انقاصــه • فــوق كل ذلك قــد يتسبب المدين فى أضرار الدائن بأن يصــل ـ نتيجة لتصرفاته ـ الى وضــع تكون فيــه ديونه أكثر من حقوقه ويوصــف بأنه معسر • هــذا فضلا عما يهــدد الدائن من خطـــر الصـــورية فى التصرفات •

---

(1) يجب ملاحظة ما نص عليــه القانون المدنى الكويتى فى المـادة ٢٤٩ من أن الحــق فى الدية لا يدخــل فى الضمان العــام للدائنين •

وقــد نصت المـادة ٢٣٦ من المشروع المصرى لتقنين احكام الشريعة الاســلامية فى المعاملات المــالية على الضمان العام • وهى تطابق المـادة ٢٣٤ من القانون المــدنى المصرى الحــالى ، كما تطابق المـادة ٣٠٧ من القانون المدنى الكويتى •

ازاء هـذه المخاطر التى تهـدد الدائن فى ضـمانه العـام فقـد قرر له المشرع من الوسـائل ما هـو كفيـل بحمايته منها · فقـد وفر للدائن وسـيلة التغلب على الخطر الأول ماثل فى تقاعس المدين عن استعمال حقوقه تجاه الغير أعنى الدعـوى غير المباشرة · ولمجابهة الخطر الثانى الناتج عن تصرف المدين فى أمواله بقصـد الاضرار اجاز المشرع للدائن المضرور من هـذا التصرف ان يطعن فيه بورقـة التنفـاذ عن طريق دعـوى عـدم نفـاذ التصرفات اى الدعـوى البولصية · وأخيرا نجـد المشرع وقـد أجاز للمدين الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى يقـوم دائنه بدوره بتنفيذ التزام يقـع على عاتقـه تجـاه هـذا المدين فى اطـار الحـق فى الحبس · كل ذلك اضافة الى شـهر الاعسار والصورية وسوف تعرض للدعـوى غير المباشرة والدعـوى البولصـية والحـق فى الحبس ثم نتناول شـهر الاعسار والصـورية · ونخصص لـكل منها مبحثا مستقلا ·

المبحث الأول : فى الدعـوى غير المباشرة ·

المبحث الثانى : فى دعـوى عـدم نفـاذ التصرف ·

المبحث الثالث : الحـق فى الحبس ·

المبحث الرابع : دعـوى الصـورية ·

المبحث الخامس : شـهر الاعسـار ·

المبحث الأول

الدعـوة غير المباشرة

L'ACTION OBLIQUE OU INDIRECT

٦٩ ـ تقسـيم :

تعـد الدعـوى غير المباشرة وسـيلة من وسـائل المحافظة على حـق الضمان العـام للدائن وسـوف نتناول أولا تعريف هـذه الدعـوى وشروط استعمالها ثم نتطرق ثانيا الى بيان طبيعتها وآثارها ونعرض فى النهاية لتصور هـذه الدعـوى فى الفقـه الاسـلامى · كل ذلك فى مطالب ثلاثة :

---

(٢) MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 683, p. 706, n. 690, p. 715.

راجع ايضا

STARCK (B.) : « Action oblique » Rép. de dr. cir., 1979 t. 1.

المطلب الأول

تعريف الدعوى غير المباشرة وشروط استعمالها

٧٠ ـ تعريف الدعوى غير المباشرة :

٥٨ ـ هى دعوى يرفعها الدائن باسم مدينه للمطالبة بحق له فى ذمة الغير . وقد عرضت لها المادة ١/٣٠٨ مدنى كويتى (م. ١/٢٣٥ مدنى مصرى) وتنص على أن « لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء ، أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين المالية .. » .

وعلى ما يبدو لنا ، فان تسمية هذا الاجراء بالدعوى غير المباشرة تعد تسمية غير دقيقة . فالمقصود هنا ونحن بسبيل تناول وسائل المحافظة على الضمان العام أن يستعمل الدائن حقوق مدنية لدى الغير . والغالب أن يكون استعماله لها عن طريق دعوى يرفعها على الغير باسم المدين بطالبه فيها بحقوق الأخير . ولكن ليس ثمة ما يمنع الدائن من اتخاذ اجراء آخر وصولا الى نفس الهدف . مثل تسجيل عقد اشترى به المدين عقارا ، أو قيد رهن يضمن حقا لمدينه لدى الغير أو تجديد قيد الرهن أو اعلان حكم صدر لمصلحة المدين أو الطعن فى حكم صدر ضده[٣] .

وتختلف الدعوى غير المباشرة عن وسيلة اخرى قصد بها المشرع توفير حماية خاصة لبعض الدائنين . ونقصد الدعوى المباشرة وهى دعوى يقيمها الدائن باسمه ولحسابه للمطالبة بحق مدينه لدى الغير[٤] . ومن أمثلتها ما نص عليه المشرع المدنى الكويتى فى المادة ٢/٦٠٢ (م. ١/٥٩٦ مدنى مصرى) بخصوص الدعوى التى يرفعها المؤجر ضد المستاجر من الباطن لمطالبته بما فى ذمته للمستاجر الأصلى .

---

(٣) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، ص ١٨٠ .

(٤) راجع فى التفرقة بين الدعوى المباشرة وغير المباشرة :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 683, p. 706 ets. n. 692. p. 715, n. 693, p. 716.

٧١ ـ شروط استعمال الدعوى غير المباشرة :

تضمنت المادة ٣٠٨ مدني كويتي (م ٢٣٥ مدني مصري) شروط استعمال هذه الدعوى ونوجزها فيما يلي :

٧٢ ـ الشرط الأول : عدم استعمال المدين لحقوقه :

حتى يتمكن الدائن من استعمال حقوق مدينه لدى الغير يقتضى المنطق بالا يكون هذا المدين قد استعمل تلك الحقوق . فاذا كان المدين قد طالب بحقه بموجب دعوى مثلا فليس للدائن أن يرفع دعوى باسم مدينه للمطالبة بهذا الحق . كل ما هنالك ان الدائن يطلب ادخاله خصما في هذه الدعوى .

ولكن عدم استعمال المدين لحقوقه لا يكفي بذاته لرفع الدعوى غير المباشرة من جانب دائنه بل يتعين ان يكون في عدم استعماله لحقوقه هذه ما يؤدى الى اعساره ان لم يكن معسرا او الى زيادته ان كان كذلك . ويقصد بالاعسار الفعلى منه على معنى ان التزامات المدين تفوق حقوقه وذلك بغض النظر عن صدور حكم الاعسار . ويقع على عاتق الدائن عبء اثبات اعسار المدين او زيادة اعساره .

٧٣ ـ الشرط الثاني : الا يكون الحق متصلا بشخص المدين او غير قابل للحجز :

لما كان الهدف من الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على الضمان العام للدائن ، فان الأصل ان الدائن يستعمل باسم مدينه جميع حقوقه المالية لدى الغير . واستثناء على ذلك ، فانه لا يجوز للدائن أن يستعمل من حقوق مدينه ـ بموجب هذه الدعوى ـ ما كان منها متصلا بشخصه .

وعلة هذا الاستثناء تكمن ـ على ما يبدو ـ في ان المطالبة بمثل هذه الحقوق انما تنبنى على اعتبارات تخص المدين شخصيا ومن ثم فهو افضل من يقدرها . مثال ذلك اذا تمثل حق المدين لدى الغير في تعويض عن ضرر ادبى أصابه . واستثنى المشرع أيضا حقوق المدين لدى الغير اذا كانت من الحقوق التى لا يجوز الحجز عليها . اذ في هذه الحالة لا يتحقق الهدف المنشود من استعمالها من قبل الدائن بالدعوى غير المباشرة . هذا الهدف الذى يتمثل ـ كما ذكرت ـ في المحافظة على الضمان العام للدائن وتقويته(٥) .

---

(٥) V. MAZEAUD : op. cit., n. 973, p. 938 « l'action oblique *n'etait* ...... qu'une mesure ds conservation du patrimoine »

comp. STARCK : op. cit., n. 7.

وكما نوهنـا من قبل ، فان المشرع المدنى الـكويتى قـد ضمن نص المـادة ٢٤٩ تطبيقا اسـلاميا جـديدا يكون فيه حـق المدين لدى الغير متصلا بشخصه بحيث يمتنع على دائنه استعماله بالدعـوى غير المباشرة • والمـادة نصها كالآتى : « لا يدخـل الحـق فى الدية فى الضمان العام للدائنين » • والمعنى الواضح للنص ـ على ما جاءت به المذكرة الايضاحية ـ أن الدية لا تدخـل فى الضمان العام لدائنى المستحق ، ما بقيت مستحقة له على من يلزم بأدائها • وقـد روعى فى ذلك أن الدية تستحق اما عن ازهاق الروح ، واما عن اصابة تلحق الجسد • وهى بهـذه المثابه تستحق عن أمور محض شخصية • فـلا ينبغى أن يسمح للدائنين أن تمـد يدهم اليها ، ابتغاء استيفاء ديونهم منها ، طالمـا انهـا لم تدفـع بعـد الى مستحقها • ويترتب على اخراج الدية من الضمان العـام المقرر للدائنين ، طالمـا بقيت مستحقة لم تدفـع أن هـؤلاء لا يستطيعون الحجز عليها لدى الملتزم بها ، ولا أن يطالبـوه بها باسم مدينهم ونيابة عنـه بمقتضى الدعـوى غير المباشرة • اما اذا دفعت الدية بالفعل لمن يستحقها ، فانها تختلط بأمواله وتدخـل بذلك فى الضمان العام لدائنيه(٦) •

٧٤ ـ الشرط الثالث : وجـوب ادخال المـدين خصما فى الدعـوى :

يجب أن يقـوم الدائن وهـو بسبيل استعمال حقوق مدينه لدى الغير بالدعـوى غير المباشرة بادخال هـذا المدين خصما فيها • وقـد ورد هـذا الشرط صراحة بالنص • والحكمة منه تتجسد فى أن يكون للحكم الصـادر فيها حجية على المدين • وليس من شـك فى أن ادخال المدين خصما فى الدعـوى انمـا يحقق فائدة أخرى • اذ لا يكون هناك أى مبرر ـ مـع هـذا الادخال ـ لقيام الدائن باعـذار المدين قبل رفـع الدعـوى •

---

(٦) راجع ، المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، مشار اليها من قبل ص ١٦٦ •

المطلب الثانى

طبيعة الدعــوى غير المباشرة وآثارها

٧٥ ـ طبيعة الدعــوى غير المباشرة :

قبل ان نتنـــاول آثار الدعـوى غير المباشرة يجـــب أن نتعرض اولا لطبيعتها • وفى ضـــوء هــذه الطبيعة يسهل علينا تحــديد آثارها •

وعن هــذه الطبيعة نقــول : لمــا كان جــوهر هــذه الدعــوى يتمثــل فى قيام الدائن وباسم مدينه باستعمال حقــوق هــذا للمدين لدى الغير فانه واستنادا الى نص المــادة ٣٠٩ مدنى كويتى (م٠ ٢٣٦ مدنى مصرى) يمكننا القــول بأن الدائن يعــد بذلك نائبا عن المدين[٧] والنيابة هنا نيابة قانونية تستند الى النص السابق وما جاء به فى هــذا الخصوص من أنه يعتبر الدائن فى استعمال حقــوق دائنــه نائبا عنه •

وما ينبغى أن يلاحظ هنــا أن هــذه النيابة لهــا طابعها الخاص • ومظهر الخصوصية أنهــا ليست مقررة لمصلحة الاصيل كما تقضى القواعــد العــادية للنيابة وانمــا هى نيابة يعمل فيها لمصلحته هــو[٨] •

٧٦ ـ آثار الدعــوى غير المباشرة :

فى ضـــوء هــذه الطبيعة للدعــوى غير المباشرة يمكننا أن نحــدد آثارها على النحــو التــالى :

١ ـ يظــل للمدين الحــق فى التصرف فى حقــوقه التى يستعملها الدائن نيــابة عنــه بالدعــوى ولا يجــوز للدائن أن يعترض على تصرفات المدين فى حقــوقه لدى الغير أيا كانت طبيعة هــذه التصرفات • وان أراد فيكون عن طريق الدعــوى البولصـــية ، كما سنرى فيما بعــد • كما يكون للمدين أيضا أن يستوفى هــذه الحقوق • وأساس ذلك كله انه ولئن كان الدائن يستعمل باسم المدين حقوقه تجــاه الغير فان ذلك باعتباره نائبا ويبقى المدين أصـــلا •

SAVATIER : op. cit., p. 133, n. 96.

(٨) واجع ، عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، رقم ٤٧ ، ص ٥٥ ـ ٥٦ •

٢ ــ يجوز لمدين المدين ان يتمسك فى مواجهة الدائن باعتباره نائبا بجميع الدفوع التى كان يستطيع التمسك بها فى مواجهة المدين مثل الدفع بالبطلان(٩) • ولكن لا يجوز له التمسك فى مواجهة الدائن بالدفوع المستمدة من علاقته الشخصية به • لأن الدائن لا يدعى باسمه الشخصى ولكن باعتباره نائبا(١٠) •

٣ ــ أن الفائدة الناتجة عن الدعوى ماثلة فى تقوية الضمان العام لا ينفرد بها الدائن رافع الدعوى وحده بل يشترك معه فيها سائر الدائنين •

٧٧ ــ الدعوى غير المباشرة فى المشروع المصرى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية :

أورد المشروع الحكم بشأن الدعوى غير المباشرة وشروطها فى المادة ٢٣٧ ونصها كالآتى :

« ١ ــ لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الاداء ، ان يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين الا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز •

٢ ــ ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا الا اذا اثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب اعساره أو يزيد فى هذا الاعسار • ولا يشترط اعذار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب ادخاله خصما فى الدعوى » •

والنص يطابق المادة ٢٣٥ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطابق المادة ٣٠٨ من القانون المدنى الكويتى وقد عرضنا لهما من قبل •

STARCK : op. cit., n. 53 MAZEAUD : op. cit., n. 975 p. 938.

المطلب الثالث

الدعـوى غير المباشرة فى الفقـه الاسلامى

٧٨ ـ الدعـوى غير المباشرة استثناء :

لم يغب عن الفقـه الاسلامى فكرة الضمان العام للدائن وما يتهـدده من مخاطر . فقـد ورد على لسان ابن رجب فى كتاب القواعـد فى الفقه الاسلامى ان المدين « لو امتنع عن وفاء دينـه وله مال فباع الحـاكم ماله ووفاه عنه صح وبرىء منه ولا ضمان »(١١) .

ومفهوم ذلك بطبيعة الحال أن أموال المدين تضمن الوفاء بديونه . ومـع وجـود الضمان العام للدائن ، فانه قـد يجابه بعض المخاطر التى تضعف هـذا الضمان وتسلبه مضمونه ممـا يجعل حماية دينه غير كافية . ومن هـذه المخاطر تقاعس المدين واهماله فى المطالبة بحقوقه لدى الغير . فهل للدائن فى الفقه الاسلامى أن يطالب مدين المدين بهـذه الحقوق ؟

يبـدو لنـا أن القاعـدة فى الفقـه الاسلامى عـدم جـواز ذلك ابتداء . فقـد نصت المـادة ١٦٤٠ من مجلة الأحكام العـدليه على ما يأتى : « لا يصلح مديون المديون خصما للدائن » ومؤدى ذلك أن مطالبة الدائن بحقوق عدينه لدى الغير وهى ما يطلق عليـه فى القانون « الدعـوى غير المباشرة » لا تستجيب لهـا من حيث المبدأ القاعـدة المذكورة من هـذه المجلة . وعلى الرغم من ذلك ، نجـد استثناءات على القاعـدة المتقـدمة فى الفقـه الاسلامى تمثل بمضمونها فكرة الدعـوى غير المباشرة فى القـانون . من ذلك ما نصت عليـه المـادة ١٦٣٩ من

---

(١١) انظر القواعد فى الفقه الاسـلامى للحافظ ابى الفرج عبد الرحمن ابن رجب الحنبلى ، دار المعرفة ، بيروت قاعـدة رقم ٩٦ ، ص ٢٢١ .

المجلة المشار اليها · فبعد ان رددت القاعدة محل الاستثناء بقولها « لا يكون الوديع خصما لدائن المودع » اضافت « ولكن لمن وجبت نفقته على الغائب أن يدعى بهـا على الوديع ليأخذها من دراهم الغائب التى هى أمانة عنده » ·

ومفهوم ذلك أنه اذا كان صاحب الوديعة غائبا ففرض الحاكم من النقود المودعة نفقة لمن وجبت نفقته على صاحب الوديعة (م· ٧٩٩ من المجلة) كان لمن وجبت له النفقه على هذا الغائب ان يدعى بهـا على الوديع ، وذلك على أساس حكم المادة ٩٦٣٩ سابقة الذكر ·

واذا دققنا النظر فى هذه الصورة برمتها وجدنا دائنـا بالنفقة ومدينـا بهـا وهـو صاحب وديعة نقدية لدى شخص آخر هـو الوديع · وان الدائن بهذه النفقة يستطيع فى حالة غياب المدين بها (صاحب الوديعة) أن يطالب مدين المدين (الوديع) بهذه النفقة · فالدائن يرفع الدعوى على مدين مدينه مطالبـا اياه باستيفاء النفقة من حق المدين بهـا فى ذمته وليس من شك فى أن ذلك يتضمن عناصر الدعوى غير المباشرة · ويمكننا أن نقيس على حكم الحالة السابقة ، تطبيقات أخرى ، كلما اتحدت العلة · اذ العلة ليست قاصرة على علاقة الدائن بالنفقة مع مدين مدينه ، وانمـا تمتد لتشمل كل فرض تتوافر فيه معطيات الحالة المشار اليها من دائن ومدين وثالث مدين للمدين ·

المبحث الثانى

الدعــوى البولصــية

L'ACTION PAULIENNE

أو

دعــوى عــدم نفــاذ التصرف

٧٩ ــ اشرنا الى أن قيام المدين بالتصرف فى أمواله قــد يلحــق بالدائن وضمانه العام ابلغ الضرر · ولم يشأ المشرع ان يترك الدائن فريسة للمدين فأجاز له الطعن فى تصرفات الأخير بالدعــوى البولصــية وصــولا الى عــدم نفــاذ التصرفات تلك ، ونتناول أولا تعريف هــذه الدعوى وشروطها ثم نتطرق الى تحــديد نطاقهــا وما يمكن أن ترتبه من آثار · ونعرض اخــيرا لتصــور الفقــه الاســلامى لهــذه الدعــوى ·

وفى ضــوء ذلك نقسم دراستنا فى هــذا المبحث الى المطالب الآتية :

المطلب الأول : تعريف الدعــوى البولصية وشروطها ·

المطلب الثانى : نطــاق الدعــوى البولصية وآثارها ·

المطلب الثالث : تصور الفقه الاسلامى لدعوى عــدم نفــاذ التصرف ·

---

(١٢) راجع فى الفقه الفرنسى :
MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 698, p. 721 ets.

STARCK (B.) : » Action Paulienne « Rép de dr. civ., 1979, t. 1.

المطلب الأول

تعريف الدعـوى البولصية وشروطها

٨٠ ـ تعريف الدعـوى البولصـية :

٦٤ ـ هي دعـوى يرفعها الدائن للطعن في تصرفات مدينة المشوبة بالغش • وهناك يثور التساؤل عن طبيعة هـذه الدعـوى باعتبارها اجراء للطعن على النحو المتقـدم ؟ وبالاجابة على هـذا التساؤل تتحـدد طبيعتها • فقـد كأن ينظر اليها قـديما على انهـا تؤدى الى ابطال ما يقـوم به المدين من تصرفات بقصـد الاضرار بالدائن ومن ثم تحـددت بطبيعتها على أنهـا دعـوى لابطال التصرفات • والسائد الان أنها دعـوى بعـدم نفـاذ التصرفات • ذلك انهـا تؤدى الى عـدم نفـاذ التصرف الذى قام به في حـق الدائن • مـع بقـاء التصرف قائما بين طرفيه(١٣) •

٨١ ـ شروط الدعـوى البولصـية :

يمكننا أن نقسم الدعـوى البولصية الى شروط تتعلق بالدائن وأخرى تتصـل بالمدين(١٤) •

---

(١٣) راجع ، السنهورى ، مصادر الحق في الفقه الاسلامى ج ٥ ، ص ٢٣ ـ جميـل الشرقاوى ، دراسـة في طبيعـة الدعـوى البولصية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٢٩ ، العـدد الاول ، مارس سنة ١٩٥٩ •

راجع أيضـا طبيعة الدعوى في الفقه الفرنسى :

راجـع ايضـا المـادة ٣١٦ مدنى كويتى وما بها من تطبيقات خاصة لدعـوى عـدم نفـاذ التصرف • ومنها حالة لو تمثل تصرف المدين في تفضيل دائن على آخـر باعطائه تامينا وحالة يوفى فيها المدين المعسر احـد دائنيه قبـل حلول الأجل •

(١٤) راجع في هـذه الشروط :

CARBONNIER : op. cit., n. 141, p. 557.

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 700, p. 723 ets.

٨٢ - اولا : الشروط التى تتعلق بالدائن :

يشترط فى جانب الدائن الذى يلجأ لاستخدام هذه الدعوى أن يكون حقه مستحق الأداء سابقا فى وجوده على التصرف المطعون فيه وأن يصاب الدائن بضرر من جراء هذا التصرف ، ونفصل ما أجملنا :

١ - يجب أن يكون حق الدائن مستحق الأداء :

وقد نصت على هذا الشرط المادة ٣١٠ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ٢٣٧ مدنى مصرى) ٠ وبناء على هذا الشرط لا يجوز للدائن أن يطعن فى تصرفات مدينه بالدعوى البولصية اذا كان حقه مضافا الى أجل أو معلقاً على شرط ٠ ما دام لم يحن ذلك الأجل ولم يتحقق ذلك الشرط ٠ واذا كان يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وجب أيضا ان يكون حقه خاليا من النزاع فالحق لا يستحق الوفاء به الا اذا خلا من النزاع(١٥) ٠

٢ - ان يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه(١٦) :

وهذا شرط يقتضيه المنطق ٠ ولعل فى هدف هذه الدعوى ما يبرره فالدائن يرفعها وصولا الى عدم نفاذ ما قام به المدين من تصرفات بقصد الاضرار به ٠ ومثل هذا الضرر بالدائن من جراء تصرفات المدين لا يتصور وقوعه أصلا الا اذا كان حق الدائن سابقا فى وجوده على تصرفات هذا المدين ٠ فكيف يدعى الدائن أن ضررا أصابه من تصرفات مدينه ولم يكن دائنا وقت وقوعها ؟ وتبعا لذلك لا يجوز للدائن أن يباشر هذه الدعوى اذا كان حقه لاحقا فى الوجود على تصرفات المدين ٠ والعبرة فى أسبقية حق الدائن هى بتاريخ نشوء هذا الحق بالنظر الى تاريخ ابرام التصرف المطعون فيه ٠ وعلى ذلك يكون الشرط قد تحقق اذا كان حق الدائن سابقاً فى تاريخ نشوئه على تاريخ ابرام التصرف(١٧) ٠ ويقع على عاتق الدائن اثبات أسبقية حقه على تاريخ ابرام التصرف ٠ ويكون له ذلك باثبات الواقعة المنشئة للحق فاذا كانت مادية (مثل العمل غير المشروع) كان له الاثبات بشتى الطرق ، بينما يخضع للقواعد العامة فى اثبات التصرفات القانونية لو كان مصدر حقه واقعة قانونية ٠

---

(١٥) السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٢٤ ٠

(١٦) V. MAZEAUD : op. cit., n. 990, p. 950.

(١٧) راجع ، محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٢٦٤ ، ص ٢٥٩ ٠

٨٣ ـ ثانيا : الشروط التى تتعلق بالمدين([18]) :

لا يكفى أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وسابقا فى وجوده على تصرف المدين محل الطعن بل يجب فوق ذلك أن يكون المدين قد ارتكب غشا فى تصرفه هذا ويكون المتصرف اليه على علم بهذا الغش • ويلاحظ أن وجوب توافر الغش فى جانب المدين وعلم المتصرف اليه به ليس مطلقا ايا كان نوع تصرفه • فاشتراط الغش أمر مقصور على المعاوضات دون التبرعات وقد نصت على ذلك المادة ١/٣١١ مدنى كويتى •

(أ) فاذا كان تصرف المدين بعوض اشتراطا لجواز الطعن فيه بالدعوى البولصية توافر نية الغش لديه وأن يكون المتصرف اليه على علم بهذه النية •

والمراد بنية الغش قصد الاضرار بالدائن • ويقع على عاتق الدائن عبء اثبات ذلك • وقد يسر له المشرع ذلك فى المادة ١/٣١١ مدنى كويتى (م• ١/٢٣٨ مدنى مصرى) اذ قالت : « ويفترض غش المدين اذا اثبت الدائن علمه وقت التصرف بأنه معسر أو بأنه كان ينبغى عليه أن يعلم بذلك •

كما يفترض علم المتصرف اليه بغش المدين اذا اثبت الدائن انه كان يعلم وقت التصرف أن المدين معسر أو كان ينبغى أن يعلم ذلك » • ومفاد ذلك بطبيعة الحال أن النص قد جعل علم المدين باعساره وعلم المتصرف اليه به أو امكان ذلك قرينة على غش هذا المدين وعلم المتصرف اليه به ومن ثم فليس على الدائن الا يثبت علم المدين باعساره وعلم خلفه به •

وتجدر الاشارة الى أن اشتراط النص علم المتصرف اليه باعسار المدين ـ اضافة الى علم الأخير به • انما يهدف الى حماية المتصرف اليه حسن النية الذى لم يعلم بغش المدين حماية لاستقرار المعاملات •

(ب) أما اذا كان تصرف المدين تبرعا ، جاز للدائن أن يطعن فيه بالدعوى البولصية ، ولا يشترط لعدم نفاذه فى حقه غش هذا المدين ولا حسن نية المتصرف اليه (م• ٢/٣١١ مدنى كويتى م• ٢/٢٣٨ مدنى مصرى) وعلة التفرقة بين المعاوضات والتبرعات على النحو المتقدم ترجع الى اننا نجد الدائن فى التبرعات وهو يشكو من ضرر أصابه من جراء تبرع المدين وفى حالة نفاذه

(١٨) V. STARCK : op. cit., n. 43 et s.

والمتبرع له لا يشكو الا من فوات كسب أو منفعة فى حالة عدم النفاذ والفرق واضح بين من يتوقى ضررا ومن يبتغى كسبا أو منفعة فالأول أجدر بالحماية • لأن دفع الضرر مقدم على جلب المنفعة[19] • ولهذا لم يشترط للشرع غش المدين ليطعن الدائن فى تصرفه اذا كان تبرعا •

٨٤ ـ ولكن كيف السبيل فى شرط غش المدين وعلم المتصرف اليه به اذا كان هذا المتصرف اليه قد تصرف بدوره الى آخر ؟

فى الاجابة على هذا السؤال نفرق بين عدة فروض[20] :

الفرض الأول :

ان يكون التصرف الأول والثانى معاوضة ويشترط لعدم نفاذ للتصرف ان يكون المتصرف اليه الثانى على علم بغش المدين وعلى علم أيضا بأن المتصرف اليه الأول كان يعلم بهذا الغش (م• ٣١٢ مدنى كويتى) •

الفرض الثانى :

ان يكون التصرف الأول والثانى تبرعا • وفيه لا يلزم توافر اى شرط بخصوص الغش أو العلم به لعدم نفاذ التصرف والصورة بحكمها تستخلص من نص الفقرة الثانية من المادة ٣١١ مدنى كويتى •

الفرض الثالث :

ان يكون التصرف الأول معاوضة والثانى تبرعا • وفيه قالت المذكرة الايضاحية عبارة ليست واضحة وهى انه يكفى أعمال الفقرة الثانية من المادة ٣١١ لتصل الى انه لا يشترط شرط جديد فى هذه الصورة • ونرى انه ما دام التصرف معاوضة من المدين طبقنا المادة ٣١١/١ وتشترط غش المدين وعلم المتصرف اليه الاول بهذا الغش لا ينفذ التصرف فى حق الدائن •

الفرض الرابع :

ان يكون التصرف الأول تبرعا والثانى معاوضة • وفيه لا يشترط لعدم نفاذ التصرف سوى علم المتصرف اليه الثانى ان المدين كان معسرا وقت تصرفه للمتصرف اليه الأول • فلا يشترط غش المدين ولا علم المتصرف اليه الأول بهذا الغش (م• ٣١٢/٢ مدنى كويتى) والصور بحكمها تستخلص من نص الفقرة الثانية من المادة ٣١٢ مدنى كويتى •

---

(١٩) راجع ، السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٣١ ، محمد لبيب شنب المرجع السابق رقم ٢٦٥ ، ص ٣٦٢ •

(٢٠) يراجع حكم للمادة ٢/٢٣٨ مدنى مصرى •

المطلب الثانى

نطـاق الدعـوى البولصـية وآثارها

٨٥ ـ نطـاق الدعـوى البولصـية :

يتحـدد نطـاق هـذه الدعـوى بماهية التصرف الذى يصـدر عن المدين ويجـوز للدائن أن يطعن فيه بعـدم النفـاذ • اذ يجب أن يكون تصرفا قانونيا مفقرا (م• ٣١٠ مدنى كويتى) :

(أ) فيجب فى المقام الأول صـدور تصرف قانونى من المدين حتى تتـاح للدائن فرصـة طلب عـدم نفـاذه عن طريق الدعـوى البولصية • والتصرف القانونى هـو عمل تتصرف اليه ارادة المدين بقصـد احـداث أثر قانونى • سواء كان معاوضة مثل البيع أو تبرعا مثل الهبه • وعلى ذلك اذا كان ما صـدر من المدين عبارة عن واقعـة مادية وليس تصرفا قانونيا لما جاز للدائن الطعن فيه بالدعـوى البولصية • وتطبيقا له ، اذا ارتكب المدين خطـأ سبب ضررا للغير التزم بتعـويضه قانونا • لا يمكن للدائن الطعن فيـه بالدعـوى المذكـورة[٢١] •

(ب) وفى المقـام الثانى ، يجب أن يكون التصرف القانونى مفقرا • ويكون التصرف كذلك اذا كان من شأنه أن يؤدى الى انقـاص حقـوق المدين أو الى زيادة التزاماته ممـا يؤدى الى اعساره ان لم يكن معسرا أو الى زيادة اعسارة اذا كان معسرا • ويقـع على الدائن عبء اثبـات اعسار المدين او زيادة عساره (م• ٣١٣ مدنى كويتى ـ م• ٢٣٩ مدنى مصرى) • والمقصود بالاعسار ، الاعسار الفعلى حيث تزيد ديون المدين ولو كانت غير مستحقة الأداء على أمواله • دون الاعسار القانونى حيث تزيد ديون المدين المستحقة الأداء على أموالـه[٢٢] •

---

(٢١) راجع ، محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٣٦٣ ، ص ٢٥٤ •

(٢٢) راجع ، السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٢٨ ـ ٢٩ ، راجع ايضا ص ٢٩ •

٨٦ ـ آثار الدعـوى البولصـية(٢٣) :

تتحـدد آثار الدعـوى البولصيـة فى ضـوء طبيعتها كما تحـددت من قبـل على اعتبار انها دعـوى عـدم نفـاذ تصرف • ونفرق بين آثارها بالنسبة للدائنين وآثارها فى العـلاقة بين المدين والمتصرف اليه •

٨٧ ـ آثار الدعـوى بالنسبة للدائنين :

اذا توافرت شروط الدعـوى البولصية فى النطاق المحـدد لهـا حكم القاضى بعـدم نفـاذ تصرف المدين فى مواجهة الدائن • على أن الاستفادة من الحـكم على هـذا الوجـه لا تقتصر على الدائن رافـع الدعـوى بل تمتد الى الدائنين الآخرين الذين صـدر التصرف أضرارا بهم ولو لم يرفعوا الدعـوى أو لم يشتركوا فى رفعها شريطة ان تكون حقوقهم قـد نشأت قبـل التصرف المطعون فيـه(٢٤) • ونصت على ذلك المـادة ٣١٤ مدنى كويتى (م٠ ٢٤٠ مدنى مصرى) بقـولها « اذا تقرر عـدم نفـاذ التصرف ، استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صـدر هـذا التصرف أضرارا بهم »(٢٥) •

وتطبيقا لذلك ، اذا كان التصرف ناقـلا للملكية وحكم بعـدم نفـاذه كأثر لطعن احـد الدائنين فيه بالدعـوى البولصية كان لهـذا الدائن وكذا باقى الدائنين توقيـع الحجز على المـال محـل التصرف المذكور وصـولا الى بيعـة بالمزاد العلنى لاستيفاء حقوقهم من الثمن • كل ذلك على اساس أن الملكية ما زالت للمدين • ويلاحظ أن المشرع المدنى الكويتى قـد صرح حتى المـادة ٣١٧ بسقوط دعـوى عـدم نفـاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه الدائن بسبب عـدم نفـاذ التصرف فى حقـه وتسقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صـدور التصرف(٢٦) •

---

(٢٣) MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 714, p. 735.

(٢٤) قـارن
SAVATIER : « l'acton paulienne est une action égoiste»
op. cit., p. 134, n. 97.
MAZEAUD : op. cit., n. 1005, p. 957

(٢٥) نفس الحكم فى فرنسا :
وعكس ذلك حـكم النقض الفرنسية :
Cass. civ. 4. 21 — 1923 : s. 1923 — 1 — 254
مشار اليه فى المرجع المذكور •

(٢٦) وهو حـكم مماثل لنص المـادة ٢٤٣ مدنى مصرى •

٨٨ ـ آثار الدعوى فى العلاقة بين المدين والمتصرف اليه :

اذا صدر حكم القاضى بعدم نفاذ التصرف ، فان هذا الأثر يكون فى مواجهة الدائنين ولا اثر له على التصرف فى العلاقة بين المتصرف (المدين) والمتصرف اليه · اذ يبقى قائما ونافذا فى العلاقة بين طرفيه ، ومن ثم تترتب آثاره · وعليه فانه اذا حصل الدائنون على حقوقهم فان الزيادة تكون للمتصرف اليه الذى يستطيع أن يرجع بالضمان على المتصرف بقدر ما أخذ الدائنون وله أيضا أن يطلب الفسخ ·

ونود أن نبرز فى هذا الصدد ما نصت عليه المادة ٣٦٥ مدنى كويتى من أن المتصرف اليه يمكنه أن يتخلص من دعوى عدم نفاذ التصرف اذا اودع خزانة ادارة التنفيذ ما يعادل قيمة المال المتصرف فيه · ويختلف الحكم فى هذا النص عن حكم النص المقابل فى القانون المدنى المصرى · فقد نصت المادة ٢٤١ منه على أنه « اذا كان من تلقى الحق من المدين المعسر لم يدفع ثمنه فانه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل وقام بايداعه خزانة المحكمة » والمعنى الواضح للنص أن امكان تخلص المتصرف اليه من دعوى عدم نفاذ التصرف انما يتحدد بكونه مشتريا ولم يدفع الثمن · فما عليه الا ايداعه خزانة المحكمة · أما حكم النص الكويتى فواضح فى تخلص المتصرف اليه من هذه الدعوى فى جميع الأحوال سواء كان مشتريا أم لا وذلك عن طريق ايداع قيمة المال المتصرف فيه خزانة ادارة التنفيذ ·

٨٩ ـ احكام الدعوى البولصية او دعوى عدم نفاذ التصرف فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية :

أولا : نصت المادة ٢٣٩ من المشروع على ما يأتى : « لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به ، أن يطلب عدم نفاذ التصرف فى حقه ، وترتب عليه اعسار المدين أو الزيادة فى اعساره ، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها فى المادة التالية » ·

وهذا النص المقترح من المشروع يطابق نص المادة ٢٣٧ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطابق نص المادة ٣١٠ من القانون المدنى الكويتى وقد استحدث أحكامه من هذا النص المصرى · وعرضنا للنصين فيما مر عند شرح شروط الدعوى البولصية ، سيما ما تعلق منها بالدائن ·

ونصت المادة ٢٤٠ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ اذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين ، وأن يكون مصدر له التصرف

على علم بهـذا الغش ويكفى لاعتبار التصرف منطـويا على الغش ان يكون قـد صـدر من المدين وهـو عالم انه معسر ، كما يعتبر من صـدر له التصرف عالمـا بغش المدين اذا كان قـد علم أن هـذا المدين معسر ٠

٢ ـ أما اذا كان التصرف تبرعا ، فانه لا ينفـذ فى حـق الدائن ، ولو كان من صـدر له التصرف حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا ٠

٣ ـ واذا كان الخلف الذى انتقـل له الشىء من المدين قـد تصرف فيـه بعـوض الى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعـدم نفـاذ التصرف الا اذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهـذا الغش ، ان كان المدين قـد تصرف بعـوض ، أو كان هـذا الخلف الثانى يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول ، ان كان المدين قـد تصرف له تبرعا » ٠

وهـذا النص المقترح من المشروع يطـابق المـادة ٢٣٨ من القـانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطابق فى حكمه المـادتين ٣١١ ، ٣١٢ من القانون المدنى الكويتى ، وقـد عرضنا لأحكامها جميعا من قبل بمناسبة شروط الدعوى البولصية ، وبصفة خاصة ما يتعلق منها بالمدين ٠

ثانيا : وفى تحـديد نطـاق دعـوى عـدم نفـاذ التصرف بالتصرف المفقر ، وهـو تصرف يكون كذلك اذ أدى الى اعسار المدين أو الى زيادة اعساره نصت المـادة ٢٤١ من المشروع على ما يأتى : « اذا ادعى الدائن اعسار المدين فليس عليه الا أن يثبت مقـدار ما فى ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها » ٠

والنص يطـابق المـادة ٢٣٩ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطـابق المـادة ٣١٣ من القانون المدنى الكويتى ، وسبق أن عرضنـا للنصين ونحن نتنـاول نطـاق الدعـوى البولصـية ٠

ثالثا : وفى آثار دعـوى عـدم نفـاذ التصرف ، نبرز بشأنها نصين من المشروع ٠ الأول وهـو نص المـادة ٢٤٢ ويقضى بما يلى : « متى تقرر عـدم نفـاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صـدر هـذا التصرف اضرارا بهم » ٠

والنص يطـابق المـادة ٢٤٠ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ كما يطـابق المـادة ٣١٤ من القانون المدنى الكويتى ٠ وقـد عرضنا للنصـين الأخيرين من قبل ونحن نتنـاول آثار الدعـوى البولصـية ٠

أما النص الثانى من المشروع ، فهو نص المادة ٢٤٣ ويجرى على النحو التالى : « اذا كان من تلقى الحق من المدين المعسر لم يدفع ثمنه فانه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل ، وقام بايداعه خزانة المحكمة » .

والنص يطابق حكم المادة ٢٤١ من القانون المدنى المصرى الحالى ، وقد عرضنا له من قبل . ويختلف عنهما النص المقابل من القانون المدنى الكويتى وهو نص المادة ٣١٥ . وتتلخص الاختلاف فى ان تخلص المتصرف اليه عن

دعوى عدم نفاذ التصرف انما يتحدد - فى النصين المصريين سالفى الذكر - يكون هذا المتصرف اليه مشتريا ولم يدفع الثمن وما عليه الا القيام بايداعه خزانة المحكمة . أما النص الكويتى - وقد عرضنا له من قبل - فواضح فى امكان تخلص المتصرف اليه من هذه الدعوى فى جميع الأحوال ، سواء كان مشتريا أم لا ، وذلك عن طريق ايداع قيمة المال المتصرف فيه خزانة ادارة التنفيذ .

وازاء ذلك ، فاننا نتساءل عما جاء بالمشروع تعليقا على نص المادة ٢٤٣ منه وانها تطابق حكم المادة ٣١٧ من مشروع التقنين المدنى الكويتى - اللهم الا اذا كان هذا النص للمشروع الكويتى قد لحقه التعديل . ولذا فان الأمر يستدعى اعادة النظر من قبل واضع المشروع المصرى .

رابعا : وعن أثر معنى المدة أو مرور الزمان ، تنص المادة ٢٤٥ من المشروع على أنه : « لا تسمع دعوى عدم نفاذ التصرف بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، ولا تسمع فى جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف » . ونص المشروع على هذا النحو وقد أخذ بحكم مرور الزمن وأثره يتمثل فى منع سماع الدعوى بالحق دون سقوط الحق ذاته جريا على أحكام الفقه الاسلامى فى هذا الشأن ، يطابق المادة ٣١٧ من القانون المدنى الكويتى . كما يطابق أيضا ، ومن حيث المدة ، المادة ٢٤٣ من القانون المدنى المصرى الحالى .

المطلب الثالث

تصــور الفقــه الاسلامى لدعــوى عــدم نفــاذ التصرف

٩٠ ـ القاعــدة حرية المدين فى التصرف :

الأصل فى الفقــه الاسلامى أن المدين لا يمنع من التصرف فى ماله وتقــع كل تصرفاته صحيحة ما لم يكن فى مرض الموت أو كان قــد تم الحجز عليــه للافلاس ، وهــذا رأى الجمهور ومنهم الحنفية • فقــد نصت المــادة ٢٢٠ من مرشــد الحيران على أنه « اذا كان محجورا عليه بسبب ديونه ودفــع من أمواله المحجــوز عليها دينا فى ذمته لأحــد عشر مائة فلسائر عشر مائة نقض تصرفه واسترداد المبلغ الذى دفعه »(٢٧) •

وننبه هنا الى موقف الأحناف من الحجز على المدين(٢٨) • عند أبى حنيفة لا يجــوز الحجز على المدين • ويؤكد ذلك ما جاء عنــه فى شرح القــدير : « لا أحجز فى الدين واذا وجبت ديون على رجــل وطلب عشر مائة الحجز عليــه لم أحجز عليه لأن فى الحجز اهــدار أهليته فلا يجــوز لدفــع ضرر خاص » •

وقال أبو يوسف ومحمد بجــواز الحجر • وجاء فى شرح فتح القــدير : « وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليــه حجز القاضى عليه » وعند الحنابلة ، جاء فى القواعــد الفقهية لابن رجب « التصرفات المــالية كالعتق والوقف والصدقه والهبة اذا تصرف بها (أى المدين) وعليه دين ولم يكن حجر عليه دين ولم يكن حجز عليه فالمذهب صــحة تصرفه »(٢٩) •

---

(٢٧) راجع ايضا المــادة ١٠٠٢ من مجلة الأحكام العدلية ونصها كالآتى :

« الحجر يؤثر فى كل ما يؤدى الى ابطال حق الغرماء كالهبه والصــدقة وبيع مال بالنقص من ثمن مثله • وعلى هــذا لا تعتبر عقــود المــديون المفلس وتبرعاته وسائر تصرفاته المفسرة بحقوق الغرماء ٠٠٠٠٠٠ » •

(٢٨)شرح فتح القدير للعاجز الفقير ، الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام ، الجزء الثامن من شرح الهداية وهو نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار لمولانا شمس الدين احمــد بن قــودر المعروف بقاضى زاده وهى تكمله فتــح القــدير ، ص ٢٠٢ ، ٢٠٥ •

(٢٩) القــواعد فى الفقــه الاســلامى لابن رجب • مشــار اليــه من قبــل ، القاعــدة الحادية عشرة ، ص ١٤ •

وجاء فى المغنى « ما فعله المفلس قبل حجر الحاكم عليه من بيع أو هبة أو اقرار أو قضاء بعض الغرماء أو غير ذلك فهو جائز نافذ وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعى ولا نعلم أحدا خالفهم ولأنه رشيد غير محجور عليه فنفذ تصرفه كغيره ولأن سبب البيع الحجر فلا يتقدم سببه »[٣٠] ، اضافة الى ذلك أيضا نصت المادة ١٥١١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على أن « تصرفات المفلس قبل الحجر عليه نافذة وكذا اقراره مطلقا .. » .

أما بعد الحجر فقد تناولت حكم تصرفات المفلس المادة من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل حكم تصرفات المفلس بقولها « يمجرد الحجر على المفلس يتعلق حق غرمائه بما له الموجود والحادث له بارث أو نحوه . فلا يصح اقراره به لأحد ولا تصرفه فيه تصرفا مستأنفا ببيع أو هبة أو عتق أو وقف ونحو ذلك . أما التصرف غير المستأنف كالفسخ لعيب أو نحوه فيما اشتراه قبل الحجز أو الامضاء فيصبح منه دون اشتراط كونه أحظ » .

وجاء فى الاشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية فيما يمنع الدين وجوبه وما يمنع « فلو كان عليه دين بقدر ما فى يده ، وهو قيمة الباقى ، قوم عليه ، لأنه مالك له نافذ تصرفه »[٣١] .

يتضح لنا من النصوص الفقهية الاسلامية السابقة أن المدين يستطيع التصرف فى أمواله وهذا هو الأصل ومن ثم غلا يجوز للدائن أن يطعن فى تصرف مدينه الضار به قبل أن يحجر عليه .

٩١ ـ عدم نفاذ تصرف المدين استثناء فى مذهب الامام مالك :

٧٠ ـ واستثناء على الأصل المتقدم فقد جاء فى مذهب الامام مالك ما يفيد تقييد التصرفات الصادرة من قبل الحجر . من ذلك ما قاله ابن جزى فى باب التفليس « اذا أحاط الدين بمال أحد ولم يكن فى ماله وفاء بديونه وقام الغرماء عند القاضى فانه يجرى فى ذلك على المدين أحكام التفليس وهى خمسة الرابع منها : أن يحجر عليه فلا ينفذ تصرفه فى ماله فان تصرف فيه بعد الديون وقبل التفليس نفذ ما كان تصرفه بعوض كالبيع ولم ينفذ

---

(٣٠) المغنى لابن قدامه ، مشار اليه من قبل ، الجزء الرابع ، ص ٤٨٩ .

(٣١) الاشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية للامام جلال الدين عبد الرحمن السيوطى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الاولى ١٣٩٩هـ ، ص ٣٣٣ .

ما كان بغير عـوض كالهبه ٠٠ واما بعـد التفليس. فلا ينفـذ شيء من افعـاله سـواء كان بعـوض أو بغير عـوض »(٣٢) ٠

وبناء على ما تقـدم ، نقـول أن الفقـه المـالكى ولئن اتفق مـع الجمهور فى جانب ، فانه يختلف عنه فى آخر ٠ أما ما اتفق فيـه مـع الجمهور فحاصله منـع المدين من التصرف فى أمواله قبل الحجر وكاثر له بطبيعه الحال . سواء كانت التصرفات معاوضة او تبرعا ٠ أما ما اختلف فيه مـع الجمهور فيخص حكم تصرفات المدين الضـارة قبـل الحجر وهـذا مقصودنا ونحن نستطلع تصور دعـوى عـدم نفـاذ التصرف فى الفقه الاسلامى ٠ ومن هنـا نقـول أنه اذا كان الأصل عند الجمهور – على ما مر بنا – عـدم منع المدين من التصرف فى أمواله قبل الحجر ولو كانت هـذه التصرفات ضارة ، وسواء كانت معاوضة او تبرعا ، فان الأمر يختلف عند المـالكية ٠ فهم يتكلمون – كما يبين لنـا من قـول ابن جزى الذى أوردناه من قبـل – عن منـع المدين من التصرفات التبرعية دون المعاوضة فى حاله ، ومنعه من التصرف معاوضة أو تبرعا فى حالة أخرى ٠ والحالتان تسبقان الحجر على المدين أو تفليسه بحكم الحاكم(٣٣) ٠

وعن الحـالة الأولى :

فانها تتحقق بمجرد أن يحيط الدين بمـال المدين وليس فيه وفاء بديونه ٠ وفيها يمتنع عليه التصرف فى أمواله على سبيل التبرع ٠ ومن ثم يجـوز له أن يتصرف على سبيل المعاوضة ٠

---

(٣٢) قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، باب التفاليس ، ص ٣٤٦ – ٣٤٧ ٠

وراجع فى هـذا الموضـوع : السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى . مشـار اليه من قبل ، جـ ٥ ، ص ١٤٨ : وقـد علق على نص الفقه المـالكى ٠ كما اورده ابن رشد الحفيد فى بداية المجتهد ونهاية المقتصر ٠

(٣٣) راجع : احمد على الخطيب ، الحجر على المدين لحق الغرماء فى الفقه الاسلامى والقانون المقارن ، القاهرة ، ١٣٨٤هـ – ١٩٦٤م ، رقم ٨٣ – ٨٤ ص ١٧٢ – ١٧٤ ، رقم ٢٧٨ – ٢٨١ ص ٤٩١ – ٤٩٦ ٠

وراجع ايضا : السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ، مشار اليه من قبل ، جـ ٥ ، ص ١٤٨ ٠

وعن الحالة الثانية :

فانها تكون لمجرد أن يقوم الغرماء عند القاضى ، لأن الديون احاطت بمال المدين ودون ان يطلبوا الحجر عليه • وتسمى حالة التفليس العام • وفيها يمتنع على المدين التصرف فى أمواله ، سواء كان التصرف معاوضة أو تبرعا .

٩٢ ـ والخلاصة ، أن الفقه المالكى ـ وعلى خلاف الجمهور ـ يمنع المدين من التصرف فى أمواله قبل الحجر على تفاوت بين احاطة الدين بماله من ناحية ، وقيام الغرماء عند الحاكم لأن الدين قد أحاط بماله ودون أن يطلبوا الحجر من ناحية أخرى • وهذا المنع يتفاوت أيضا ـ وعلى المدى المذكور ـ بين منع التصرفات التبرعية فى الحالة الأولى من جهة ومنع التصرفات سواء كانت معاوضة أو تبرعا فى الحالة الثانية •

ولكن يبدو ان المالكية يشترطون لذلك ـ كما هو واضح ـ أن يكون الدين قد احاط بمال المدين • اى على معنى ان يكون معسرا لأن ديونه تزيد على أمواله • ويضيفون الى هذا الشرط ايضا وجوب أن يكون تصرف المدين ضارا بالدائن بدليل منعهم لتصرفات المدين التبرعية قبل الحجر كما مر بنا لأنه يكون على علم وقت التصرف بأن الدين يحيط بماله •

فى اطار كل ما تقدم ، يمكننا القول بأن فكرة دعوى عدم نفاذ للتصرف فى القانون المدنى معروفة فى الفقه الاسلامى بصفة عامة والمالكى منه بصفة خاصة(٣٤) ذلك أن هناك : مدينا معسرا وهو من أحاط الدين بماله والفرض أنه لم يحجر عليه على الرغم من قيام غرمائه عليه عند الحاكم • أيضا فان تصرفات هذا المدين الضارة لا تسرى فى حق دائنه اضافة الى ذلك ، فان ما يمتنع على هذا المدين أن يقوم به من تصرفات ـ على نحو ما ذكرنا ـ انما هى تصرفات مفقرة ، تؤدى الى اعساره ان لم يكن معسرا أو الى زيادته ـ وهذا الأصل ـ ان كان كذلك •

---

(٣٤) راجع ، السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ •

راجع فى الموضوع ايضا : محمد زكى عبد البر ، كلمة فى الحجر على المدين فى الفقه الاسلامى ، مجلة المحاماة ، السنة السادسة والثلاثون ، العدد التاسع . مايو سنة ١٩٥٦ ، ص ١٤٣٠ ـ ١٤٤٩ •

المبحث الثالث

الحـق فى الحبس

DROIT DE RÉTENTION

٩٣ ـ تقســيم :

نتناول فى دراستنا للحـق فى الحبس فى القانون الوضعى تعريف هـذا

الحـق وشروط نشوئه ثم نعرض بعـد ذلك لمـا يترتب عليه من اثار واخيرا نعالج كيفية انقضائه ثم نعقب ذلك كله بابراز فكرة الحـق فى الحبس فى الفقه الاسلامى ٠ ونخصص لكل موضوع ممـا سبق مطلبا مستقلا على النحو التـــالى :

المطلب الأول : تعريف الحـق فى الحبس وشروط نشوئه ٠

المطلب الثانى : آثار الحـق فى الحبس ٠

المطلب الثالث : انقضاء الحـق فى الحبس ٠

المطلب الرابع : فكرة الحـق فى الحبس فى الفقـه الاســلامى ٠

المطلب الأول

تعريف الحـق فى الحبس وشروطه

٩٤ ـ تعريف الحـق فى الحبس(٣٥) :

عرضت المـادة ١/٣١٨ مدنى كويتى (م٠ ١/٢٤٦ مدنى مصرى) تعريف الحـق فى الحبس ، والأمر يقضى ـ كما يتضح من النص ـ أن ثمـة شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر والتزام كل منهما مترتب على الآخر ومرتبط به ، بحيث يجوز لأيهما أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ما دام لم يقـدم دائنـه على الوفاء بالالتزام الآخر الذى يقـع على عاتقـه مرتبطـا بالأول أو لم يقـدم ـ على الأقـل ـ تامينا كافيا للوفاء ٠ وبعبارة اخرى فانه يجـوز لكل منهما أن يمتنع عن تنفيذ الالتزام الذى يقـع على عاتقـه ويرتبط بالتزام يقـع على عاتق الآخر الذى لم يقم بدوره بتنفيذ التزامه أو لم يقـدم تامينا كافيـا للوفاء ٠ مثال ذلك فى عقـد البيع حيث يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بينما يلتزم الآخير بأداء الثمن للأول(٣٦) ٠ والارتباط قائم بين الالتزامين بحيث يجـوز لايهما ان يمتنع عن تنفيذ التزامه ما دام الآخر لم يعرض ذلك فللمشترى حبس الثمن اذا امتنع البائع عن تسليم المبيع ٠

٩٥ ـ شروط الحـق فى الحبس :

تضمن النص السابق شروطا ثلاثة ينبغى توافرها ليقـوم حـق الدائن فى الحبس ٠

٩٦ ـ الشرط الأول : ان يكون الحابس دائنـا بحـق ٠

وفى الواقـع فان النص الكويتى المشـار اليه فيما سبق لم يكتف باشتراط وجـود حـق للحابس على الوجـه المتقـدم وانما كان صريحا فى ان يكون حقـا مستحق الأداء ، بخـلاف النص المقابل فى التقنين المدنى المصرى (م٠ ١/٢٤٦)

V. DRRIDA (F.) : « Retention » Rep. de dr. civ. 1979, t. VII.

(٣٦) راجع نص المـادة ٥٠٣ من القانون المدنى الكويتى بخصوص حق البائع فى حبس المبيع ، والنص المقـابل من القانون المدنى المصرى وهو نص المـادة ٤٥٩ ٠

ولم ينص صراحة على وجوب أن يكون الدائن مستحق الأداء(٣٧) ٠ ومع ذلك فان اجماعا فى الفقه المصرى على ذلك دون نص ٠ وتطبيقا لذلك لا يقوم الحق فى الحبس اذا كان حق الحابس لدى مدينه مضافا الى اجل أو معلقا على شرط ٠ ولو كان التزام الحابس تجاه مدينه هذا مستحق الأداء ٠

اضافة الى ذلك نجد الفقه يشترط فى حق الحابس أن يكون محقق الوجود اى على معنى الا يكون محلا لنزاع جدى ٠ وعلى ذلك فاذا كان المستأجر قد طالب المؤجر بتعويض بدعوى اخلال الأخير بالتزامه بالترميمات الضرورية لما جاز للمستأجر ان يحبس الأجرة عن هذا المؤجر ما دام اخلاله بالتزامه محل نزاع مع هذا المستاجر(٣٨) ٠

٩٧ ـ الشرط الثانى :

ان يوجد على عاتق الحابس التزام تجاه مدينه ٠

اذ لما كان جوهر الحق فى الحبس يتمثل فى اعطاء الحابس مكنة الامتناع عن تنفيذ التزامه فان المنطق يقضى بأن يشترط لقيام هذا الحق أن يكون هناك التزام على عاتق الحابس حتى يمتنع عن التنفيذ انسجاما مع جوهر الحبس على النحو المذكور ٠

وعن طبيعة الالتزام على عاتق الحابس ، فان المشرع المدنى الكويتى كان صريحا فى ان يكون التزاما بأداء شىء ٠ وذلك يعنى فى نظرنا – لو اقتصرنا عليه – تضييق نطاق الحق فى الحبس بحيث لا ينشأ الا اذا كان الحابس ملتزما بتسليم شىء مادى ٠

وتقديرى أن هذا الشرط الثانى لقيام الحق فى الحبس يتحقق بوجود التزام على عاتق الحابس أيا كانت طبيعة هذا الالتزام ، وعلى ذلك يمكننا

---

(٣٧) ولم يتضمن نص المادة ٢٤٦ من مشروع تقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية فى مصر اشارة صريحة الى شرط استحقاق الأداء ويستوى فى ذلك مع النص الحالى ٠

(٣٨) CARBONNIER : op. cit., n. 84. p. 304 - 305.

أن نتصور تحقق الشرط اذا كان الالتزام على عاتق الحابس التزاما بعمل • مثال ذلك التزام المقاول باقامة بناء حيث يجوز له الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى يفى رب العمل بالأجر • اذ المشرع المدنى الكويتى لم يقصد - على ما يبدو لنا حصر نطاق الحق فى الحبس على حالة ما اذا كان الالتزام التزاما بأداء شىء مادى ولكنه عرض للوضع الغالب فى هذا الصدد •

٩٨ - الشرط الثالث :

أن يوجد ارتباط بين حق الحابس والتزامه •/ Lien de connexité

وقد عرض المشرع المدنى الكويتى لهذا الشرط صراحة على نحو ما أسلفت فى المادة ١/٣١٧ •• وفحوى هذا الارتباط أن يكون حق الحابس قد وجد مناسبة التزامه • وبعبارة أخرى فانه يتعين وجود ارتباط بين التزامين ، التزام الحابس تجاه مدينه والتزام الأخير تجاه الأول •

وبالمقارنة مع النص المدنى المصرى المقابل (م• ٢٤٦) نجد اختلافا فى الحكم • فقد تكلم المشرع فى هذا النص عن حق من التزم بأداء شىء فى أن يمتنع عن الوفاء به • « •• ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ••• » •

ويبدو أن النص المصرى لا يتكلم - فى تقديرنا - عن ارتباط بين التزامين كما ذكر النص الكويتى بقدر ما يتكلم عن وجود رابطة سببية بين التزامين •

ونرى فى صياغة النص المصرى صياغة معيبة • ويمكن أن ندرك ذلك فى ضوء نتيجة غير مقبولة تؤدى اليها هذه الصياغة • فالسببية على المعنى المذكور - فى النص محل النقد - يمكن أن تتحقق فى حالة ما اذا نشأ الالتزام عن عقد واحد ملزم للجانبين • ومعنى ذلك حصر نطاق الحق فى الحبس على العقود الملزمة للجانبين مع أن المسلم به أن هذا الحق يمكن أن يكون خارج نطاق الروابط العقدية(٣٩) •

---

(٣٩) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، ص ١٨٢ محمد لبيب شنب ، المرجع السابق هامش رقم (١) ص ٢٨٧ •

وعلى اية حال ، فان الارتباط يتخـذ صـورة من اثنتين :

١ ـ الارتبـاط القـانونى : Connexité Juridique

ويسمى أيضا بالارتباط المعنوى ويتحقق اذا كان حـق الحابس قـد نشأ وكذا التزامه عن تصرف قانونى ٠ والغالب أن يكون التصرف عبـارة عن عقـد ملزم للجانبين على نحـو ما ذكرنا فى مثال عقـد البيع من قبـل ٠

٢ ـ الارتبـاط المـادى : Connexité matérielle

ويسمى أيضا بالارتباط الموضوعى ونعنى به أن حـق الحابس قـد نشأ وكذا التزامه عن واقعـة مادية ٠ وقـد تنـاول المشرع المدنى الكويتى صـورة للارتباط المـادى فى المـادة ٢/٣١٨ ، وفيها يجـوز لحائز الشىء ـ وهـو ملتزم برده أصـلا ـ أن يقـوم بحبسه حتى يستوفى ما هـو مستحق له من مصروفات انفقهـا على الشىء ٠

وبطبيعة الحال ، فانه يشترط أن تكون الحيازة مشروعة ، وعلى ذلك فالسارق وهـو ملتزم برد الشىء لا يستفيد من الحـق فى الحبس الذى تنـاوله النص ٠

المطلب الثانى

آثار الحـق فى الحبس

٩٩ ـ تقســــــيم :

يترتب على الحـق فى الحبس عـدة آثار يمكن أن نقسمها الى طائفتين :
الطائفة الأولى : وتضم الآثار التى تترتب فى العلاقة بين طرفيه ٠
الطائفة الثانية : آثار الحـق فى الحبس بالنسبة للغير ٠
ونخصص لكل منهما فرعا ٠

الفرع الأول

آثار الحـق فى الحبس فى العلاقة بين طرفيه

١٠٠ ـ يرتب الحـق فى الحبس آثارا فى العلاقة بين طرفيه الحابس الذى امتنع عن تنفيذ التزامه من جهة والطرف الآخر دائنه بهـذا الالتزام من جهة أخرى ٠ وتتركز هـذه الآثار فى حقوق والتزامات للحابس وعليه ٠

١٠١ ـ أولا : حقوق الحابس :

ـ من الحقـوق الجـوهرية التى تترتب للحابس حقـه فى الامتنـاع عن تنفيذ التزامه ٠ فاذا كان التزاما بتسليم شىء ـ وهـذا هـو الغالب ـ امتنع عن تسليمه الى من له الحـق فى استرداده ســواء كان المـالك أو غيره ٠ وامتنـاع الحابس عن تنفيذ التزامه يمتد حتى يقـوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه كاملا أو يقـدم تأمينا كافيا للوفاء ٠ ومن هنا يمكننا القـول بأن امتناع الحابس عن تنفيذ التزامه هـو امتناع مؤقت ومن ثم لا يمكن أن يستمر حتى ينقضى هـذا الالتزام ٠ فالحـق فى الحبس ليس طريقا لانقضاء الالزام بل يعـد وسيلة لتقوية ضمان الدائن وعلى ذلك يؤدى الى وقف التنفيذ دون الانقضاء(٤٠) ٠

---

(٤٠) فى هـذا المعنى : انور سلطان ، المرجع السابق ، ص ٨٣ ، رقم ٩٦ ٠
محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص ٢٨٩ ، رقم ٢٩٠ ٠
راجع ايضـا وفى طبيعة الحق فى الحبس ٠
محمد لبيب شـــنب ، كيفية اســـتعمال الحـــق فى الحبس ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العـدد الثانى ، السنة العاشرة ، يوليو سنة ١٩٦٨ ، ص ٤٣٧ ـ ٤٥٣ ٠
انظر بصفة خاصة ، ص ٤٤٢ وما بعـدها ٠

والحق فى الحبس على الوجه المتقدم بخضع لمبدأ عدم التجزئة ٠ على معنى أنه اذا استوفى الحابس جزءا من حقه فلا يجبر على تنفيذ التزامه جزئيا بتسليم جزء من الشىء المحبوس ٠ لكن ليس هناك ما يمنع من أن يحكم القاضى بتسليم الشىء كله اذا كان الجزء الباقى من حقه ولم يستوفه وهو يمثل الجزء من الالتزام الذى لم ينفذه المدين قليل الأهمية بالنسبة لباقى الالتزام[٤١] ٠

وهناك ملاحظة هامة يتعين الاشارة اليها ومؤداها : انه اذا كان الحق فى الحبس يخول الحابس سلطة الامتناع المؤقت عن التنفيذ فانه لا يخوله حق امتياز على الشى المحبوس ٠ وقد جاء المشرع المدنى الكويتى صريحا فى ذلك اذ قال فى المادة ٣٢١ « مجرد الحق فى حبس الشئ لا يعطى الحابس حق امتياز عليه » (مقابلة للمادة ١/٢٤٧ مدنى مصرى) ويتفق فى هذا الحكم مع سائر التقنينات المدنية العربية ويخالفهم فيه المشرع المدنى الاردنى الذى جعل الحابس أحق من باقى الغرماء فى استيفاء حقه[٤٢] ٠

١٠٢ ـ ثانيا : التزامات الحابس :

تناولت المادة ٣١٩ مدنى كويتى ما يترتب على الحابس من التزامات بسبب حبسه الشىء ونوجزها فيما يلى :

١ ـ التزام الحابس بالمحافظة على الشى المحبوس :

يلتزم الحابس بأن يحافظ على الشىء المحبوس عملا بما تقضى به الفقرة الأولى من المادة ٣١٩ مدنى كويتى (م٠ ٢/٢٤٧ مدنى مصرى) ٠ وبطبيعة الحال فانه يلتزم فى ذلك ببذل عناية الشخص المعتاد ٠ وتفريعا عن الالتزام بالمحافظة على الشىء ، فاذا كان الشىء المحبوس يخشى عليه من الهلاك أو التعيب كان للحابس أن يطلب من المحكمة الاذن له ببيعه دون اذن وينتقل الحق فى الحبس فى الحالين من الشىء الى ثمنه (م٠ ٢/٣١٩ مدنى كويتى) ٠

ويجدر بنا أن نشير هنا الى أن حكم النص الكويتى انما يتميز عن نظيره المصرى بخصوص المسألة وهو نص المادة ٣/٢٤٧ مدنى اذ تكلم المشرع المصرى فى النص الأخير عن امكان قيام الحابس ببيع الشىء المحبوس اذا كان يخشى عليه من الهلاك أو التلف شريطة الحصول على اذن القضاء ، وعلى هذا النحو ، ولما كان اذن القضاء شرطا ضروريا وفى كل الأحوال

---

(٤١) راجع : انور سلطان ، المرجع السابق ٠

عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، ص ٨٥ ، رقم ٨٢ ٠

(٤٢) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ص ١٨٣ ٠

ليبيع الحابس الشيء المحبوس تجنبا للهـلاك أو التلف يمكننا القـول بأن النص المصرى والحالة هـذه لم يعرض لغرض ينفرد به النص الكويتى دون سائر التقنينات العربية حيث أجيز الحابس بيـع الشيء المحبوس دون اذن من القضاء فى حالة الاستعجال اذا كان يخشى عليه من الهلاك أو التعيب على نحـو ما ذكرت منذ قليل • والمشرع المدنى الكويتى بكون بذلك قـد أخـذ فى اعتباره – دون غيره – ما قـد يحـدث فى العمل حيث لا يتسع الوقت للحصول على اذن المحكمة كما لو ان امين النقـل كان يحبس نوعا من الفاكهة أو الخضروات التى لا تحتمل التأخير الى حين الحصول على اذن القضاء والا تلفت(٤٣) • وقـد عرضت المـادة ٣٢١ من القانون المدنى الكويتى للفرض الذى فيه يهلك الشيء المحبوس أو يتلف ، فقررت انتقال الحـق فى الحبس الى ما يستحق بسبب ذلك من مقابل أو تعـويض على أساس فكرة الحلول العينى •

٢ – التزام الحابس بتقـديم حساب عن غلة الشيء :

عرضت لهـذا الالتزام المـادة ١/٣١٩ مدنى كويتى (م• ٢/٣٤٧ مدنى مصرى) وهـذا الالتزام يفترض فى الواقـع أن الشيء المحبوس ينتج غـلة أو ثمـارا • ففى هـذه الحالة يلتزم الحابس بأن يقـدم حسابا عنها لمن له حـق استردادالشيء • وليس من شـك فى أن مفاد ذلك ان الغـلة ليست من حـق الحابس وانمـا تكون لمن له حـق استرداد الشيء • ويلاحظ أن التزام الحابس بتقـديم الحساب لا يعنى ضرورة قيامه بتسليم الغـلة لمن له الحـق فيها • اذ يجـوز له أن يحبسها مثل الشيء المحبوس • وهنا يثـور تساؤل بخصوص الغـلة اذا كان يخشى عليها من الهـلاك أو التعيب ؟

ونرى أنه يسرى عليها ما يسرى على الشيء المحبوس ذاته من قواعـد فى الحالين • فيجـوز للحابس أن يبيع هـذه الغـله شريطة الحصول على اذن المحكمة وبدون هـذا الاذن فى حالة الاستعجال •

---

(٤٣) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، مشار اليها من قبل ، الموقع السابق •

الفرع الثانى

آثار الحـق فى الحبس بالنسبة للغير

١٠٣ ـ الراجح لدينا أن الحـق فى الحبس حـق مطلق • ومفـاد ذلك بطبيعة الحال أن الحابس يستطيع أن يتمسك به فى مواجهة من له حـــق استرداد الشىء المحبوس وضـد دائنيه • كذلك الحابس أن يتمسك به فى مواجهة الغير الذى انتقلت اليه ملكية الشىء المحبوس أو كسب عليـه حقـا عينيا آخر سـواء كان قـد كسب هـذا الحـق أو ذاك قبل أو بعـد نشوء الحـق فى الحبس • وعلى ذلك يمكننا القـول بأن الحـق يحتج به فى مواجهة الدائن وخلفـه العام أى الورثة ودائنى هـذا الدائن وكذا الخلف الخاص(٤٤) •

---

(٤٤) قارن : محمد لبيب شنب ، احكام الالتزام ، رقم ٢٩٠ ، ص ٣٩٠ •

المطلب الثالث

انقضـــاء الحـــق فى الحبس

١٠٤ - ينقضى الحـق فى الحبس اما بصورة تبعية لزوال سببه بحصول الحابس على حقـه واما بصورة اصلية اى لسبب آخر غير حصول الحابس على حقــه(٤٥) ٠

١٠٥ - انقضاء الحـق فى الحبس بصـورة تبعية :

رأينـا ان قـوام الحبس امتنـاع المـدين عن تنفيذ التزام يرتبـط بالتزام آخر يقـع على الدائن بالالتزام الأول حيث لم يعرض تنفيذا ولم يقـدم تامينا للوفـاء ٠

وبدهى ، أن ينقضى الحـق فى الحبس تبعـا لزوال مبرره ٠ فلو حصل الحابس (وهـو المدين الذى امتنع عن تنفيذ التزامه) على حقـه الموجـود لدى مدينه (اى الدائن بالالتزام الذى لم ينفـذ الحابس) لا نقضى الحـق فى الحبس ٠ والأصل وفقـا لمبدأ عـدم تجزئة الحـق فى الحبس كما ذكرنا من قبـل - ان يحصل الدائن على كل حقــه ٠ اذ الحـق فى الحبس لا ينقضى بالوفاء الجزئى ٠

وتجـدر الاشارة الى أن انقضاء حـق الحابس بسبب آخر غير الوفاء - مثل الابراء - يؤدى - مثل الوفاء - الى انقضاء الحـق فى الحبس ٠

١٠٦ - انقضاء الحـق فى الحبس بصـورة اصلية :

اذا كان الحـق فى الحبس ينقضى بصـورة تبعيـة اى تبعـا لانقضاء حـق الحابس فان الحـق فى الحبس يمكن ان ينقضى بصورة أصلية مـع بقـاء حـق الحابس قائما ٠ ويكون ذلك لأسباب تخص حـق الحبس ذاته ومستقلة بالتالى عن حـق الحابس ٠ ونوجز هـذه الأسباب فيما يلى :

---

(٤٥) راجع ، السنهورى ، الوسيط ، جـ ٢ ، ص ١١٨٧ ، رقم ٦٧٩ وما بعدها ٠

ويلاحظ ما جـاء بالمذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ص ١٨٣ من أن الحـق فى الحبس ينقضى فى حالات أخرى لا تحتاج الى نص بشأنها ٠ وتتمثل فى قيام الدائن بتقديم تامين للحابس يكفى للوفاء ، وتتمثل ايضـا فى النزول عن الحبس صراحة او ضمنا ٠ فلو طلب الحابس بيع الشىء بالمزاد استيفاء لحقه تعين تسليم الشىء الى الراسى عليه المزاد ٠

١ ـ خروج الشيء من يد الحابس :

نصت المادة ١/٣٢٢ من القانون المدنى الكويتى على أن « ينقضى الحق فى الحبس بخروج الشىءالمحبوس من يد الحابس »([٤٦]) والمعنى الواضح للنص يؤدى بنا الى القول بانقضاء الحق فى الحبس بموافقة الحابس على خروج الشىء من يده · فلو كان الحابس ملتزما بتسليم شيء وامتنع عن تنفيذ هذا الالتزام فى نطاق حقه فى الحبس فان قيامه مختارا بعد ذلك بتسليم الشىء الى صاحبه انما يؤدى الى انقضاء حقه فى الحبس بعد نشوئه ·

ويلاحظ أن خروج الشيء من يد الحابس لا يؤدى الى انقضاء حق الحبس الا اذا كان خروجا اراديا · اذ فى هذه الحالة يعد نزولا من الحابس عن حقه فى الحبس · أما اذا خرج الشيء من يد الحابس رغما عنه كأن يكون خرج خلسة دون علمه فانه يجوز له عملا بالمادة ٢/٢٢٥ أن يطلب استرداده خلال ثلاثين يوما من الوقت الذى علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه · ومعنى ذلك أن حق الحابس فى استرداد الشيء يسقط بأقرب الاجلين ·

٢ ـ حصول الحابس على تامين كاف للوفاء بحقه :

اذا حصل الحابس على تأمين كاف للوفاء بحقه انقضى الحق فى الحبس وبقى حق الحابس قائما حيث يلتزم المدين بالوفاء به · اذ التأمين الكافى يضمن للحابس حقه مثل الحق فى الحبس تماما · والتامين قد يكون شخصيا مثل الكفالة أو عينيا مثل الرهن (م· ١/٣١٨ مدنى كويتى ـ ١/٢٤٦ مدنى مصرى) ·

١٠٧ ـ أحكام الحق فى الحبس فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية :

أولا : عرضت المادة ٢٤٦ من المشروع للحق فى الحبس وشروطه ويجرى نصها على النحو التالى :

« ١ ـ لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، ما دام الدائن لم يوف بالتزام فى ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطا به ، ما دام الدائن لم يقدم تأمينا كافيا للوفاء بالتزامه ·

---

(٤٦) قارن م· ١/٢٤٨ مدنى مصرى اذ قالت : « ينقضى الحق فى الحبس بخروج الشيء من يد حائزه او محرزه » · ويلاحظ فى هذا الصدد ما جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى (ص ١٨٣) من أن الحبس لا يقضى بالضرورة أن يكون الحابس حائزا بالمعنى الفنى لمصطلح الحيازة ·

٢ ـ ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه ، اذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فان له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، الا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع » ٠

وهذا النص المقترح من المشروع انما يطابق حكم المادة ٢٤٦ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطابق المادة ٣١٨ من القانون المدنى الكويتى وقد عرضنا للنصين من قبل عند دراسة شروط الحق فى الحبس ٠

وعلى الرغم من قولنا بتطابق النص الكويتى مع نص المشروع والنص الحالى للقانون المدنى المصرى ، يلاحظ ما سبق أن ذكرناه بخصوص اختلاف مفهوم الارتباط بين النص المصرى الحالى والنص الكويتى ، ليقوم هذا الاختلاف أيضا بين نص المشروع والنص الكويتى ٠

ثانيا : بالنسبة لآثار الحق فى الحبس وما يخوله للحابس ، نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٧ من المشروع على أن « مجرد الحق فى حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه » والنص يطابق الفقرة الأولى من المادة ٢٤٧ من القانون المدنى المصرى الحالى كما يطابق نص المادة ٣٢٠ من القانون المدنى الكويتى ٠

ويلاحظ أن المشرع المدنى الاردنى ذهب الى القول بأن الحبس يخول الحابس امتيازا على الشيء ، جريا على أحكام الفقه الاسلامى على ما سنرى ٠

وفى اطار آثار الحق فى الحبس أيضا ، وما يرتبه من التزامات نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٧ من المشروع على التزام الحابس بأن « يحافظ على الشيء وفقا لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حسابا عن غلته » ٠ ونص هذه الفقرة يطابق الفقرة الثانية من المادة ٢٤٧ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطابق الفقرة الأولى من المادة ٣١٩ من القانون المدنى الكويتى ٠ وقد عرضنا لهما من قبل ونحن ندرس آثار الحق فى الحبس بالنسبة لطرفيه ٠

وفى مجال التزام الحابس بالمحافظة على الشيء ضمن آثار الحق فى الحبس أيضا ، نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٧ من المشروع على أنه « اذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على اذن من القضاء فى بيعه وفقا للأحكام المقررة فى رهن الحيازة ، وينتقل الحق

فى الحبس من الشيء الى ثمنه » • والنص يطـابق الفقرة الثالثة من المـادة ٢٤٧ من القانون المدنى المصرى الحالى • ويختلفان عن النص الكويتى المقابل وهـو نص الفقرة الثانية من المـادة ٣١٩ وقـد سبق لنـا دراسته • وجـوهر الاختلاف أن النص الكويتى قـد انفرد ـ على ما ذكرت من قبل ـ بحكم يجيز

أن النص الكويتى قـد انفرد ـ على ما ذكرت من قبل ـ بحكم يجيز للحابس أن يبيع الشيء المحبوس الذى يخشى عليه من الهـلاك دون اذن المحكمة فى حالة الاستعجال • وهـو حكم لم يرد فى نص المشروع المصرى وقـد خـلا منه أيضا النص الحالى للقانون المدنى المصرى •

ثالثا : بالنسبة لانقضاء الحـق فى الحبس ، فانه ينقضى بالأسباب الآتيـة فى المشروع •

١ ـ ينقضى الحـق فى الحبس اذا حصـل الحابس على تامين كاف للوفاء بحقـه • وهـذا السبب للانقضاء يستخلص من نهاية نص الفقرة الأولى من المـادة ٢٤٦ من المشروع وقـد عرضنا لهـا منذ قليـل •

٢ ـ ينقضى الحـق فى الحبس بخروج الشيء المحبوس من يد الحابس •

وفى هـذا تقـول المـادة ٢٤٩ من المشروع :

« ١ ـ ينقضى الحـق فى الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه •

٢ ـ ومع ذلك يجـوز لحابس الشيء ، اذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، اذا هـو قام بهـذا الطلب خـلال ثلاثين يوما من الوقت الذى علم فيه بخروج الشيء من يده ، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجـه » •

والنص يطـابق المـادة ٢٤٨ من القانون المدنى المصرى الحالى والمـادة ٣٢٢ من القانون المدنى الكويتى وقـد عرضنا لهما من قبل •

ونشير أخيرا ، الى نص المـادة ٢٤٨ من المشروع ويقضى بانتقال الحـق فى الحبس الى ما يحـل محـل الشيء المحبوس حال هلاكه أو تلفـه • والنص لا نظير له فى القانون المدنى المصرى الحالى ، ولكنه يطـابق المـادة ٣٢١ من القـانون المدنى الكويتى •

المطلب الرابع

فكرة الحـق فى الحبس فى الفقـه الاسلامى

١٠٨ ـ رأينا ان الضمان العام للدائن ومصلحته فى المحافظة عليـه كانت الدافـع للمشرع المدنى فى تقرير وسائل تكفل الحماية لهـذا الضمان العام ممـا يتهـدده من مخاطر ٠ ومن هـذه الوسائل الحـق فى الحبس ٠ وعلى ما اوضحنا من قبـل ، فان القانون المدنى لا يختلف فى ذلك عن الفقـه الاســلامى الذى تكلم عن الضمان العام بمـا يتهـدده من مخاطر وقرر للدائن حقـا على اموال مدينه ٠ وفى هـذا الاطار كان الحـق فى الحبس فى الفقـه الاســلامى وسيلة لحماية هـذا الضمان نقلها عنه المشرع المدنى ٠

١٠٩ ـ تطبيقات الحـق فى الحبس :

واما عن الحـق فى الحبس حماية للضمان العام فى الفقـه الاسلامى فتوجد عـدة تطبيقات له ٠ من ذلك ما نصت عليه المـادة ٤٥٤ من مرشـد الحيران اذ قالت « للبائع حـق حبس المبيع لاستيفاء جميع الثمن اذا كان الثمن كلـه حالا ولو كان المبيع شيئين أو جملة أشياء بصفقة واحـدة وسمى لكل منهما ثمنا فله حبسه الى استيفاء كل الثمن » ٠

وقـد تضمنت المـادة ٣٢٩ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل حكما يقضى بانه اذا كان الثمن دينـا حالا وكان غائبا عن المجلس فللبـائع حبس المبيع لقبض الثمن ٠

ويتضح لنـا من النص ، ان فكرة الحـق فى الحبس معروفة بمضمونها فى الفقـه الاسلامى ٠ اذ تفترض شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر فى نفس الوقت وهنـاك ارتباط بين التزام كل منهما ٠ بحيث يجوز لايهما أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ما دام الطرف الآخر لم يعرض للوفاء ٠ وقـد مثل للنص

السابق للعلاقة بين البائع والمشترى ٠ حيث اجاز للأول حبس الشىء المبيع حتى يقوم الثانى بالوفاء بالثمن كاملا(٤٧) ٠

وقد نصت على ذلك ايضا المادة ٢٧٨ من مجلة الأحكام العدلية حين قالت « للبائع فى البيع بالثمن الحال أعنى غير المؤجل أن يحبس المبيع الى أن يؤدى المشترى جميع الثمن » ٠
وأضافت المادة ٢٧٨ اذا باع أشياء متعددة صفقة واحدة كان له أن يحبس جميع المبيع حتى يقبض الثمن كله ٠٠ وللحبس تطبيقات فى الاجاره ٠ منها ما جاء فى المادة ٦٢٢ من مجلة الأحكام الشرعة على مذهب الامام احمد بن حنبل من أن « للأجير حبس المعمول على أجرته اذا(٤٨) أفلس ربه والا فلا ٠٠٠ » ٠

١١٠ ـ شروط الحق فى الحبس وآثاره :

ويمكننا أن نستخلص من النصوص السابقة شروط الحق فى الحبس فى الفقه الاسلامى ٠ ولا يختلف عنه فيها الفقه القانونى ٠ اذ يتعين ان يكون للحابس حق لدى آخر هو فى نفس الوقت دائن للحابس بالتزام يستطيع الأخير الامتناع عن تنفيذه ـ اعمالا للحق فى الحبس ـ حتى يحصل على حقه ٠

ويشترط فى حق الحابس أن يكون مستحق الاداء ٠ على نحو ما ظهر لنا من نص مرشد الحيران ونص المجلة ٠ وتأكيدا لذلك نصت المادة ٤٥٨ مرشد الحيران على انه « اذا كان الثمن مؤجلا فى عقد البيع أو رضى البائع بتأجيله بعد البيع فلا حق له فى حبس المبيع » ٠٠

---

(٤٧) راجع فى هذا التطبيق للحق فى الحبس فى الشريعة الاسلامية وتطبيقات أخرى -
MILLIOT (L.) « Introduction â l'etude dl droit musulman» paris, 1953, n. 749, p. 613.

ويلاحظ ان للشافعية وجهة نظر اخرى وعندهم « يجبر البائع على تسليم المبيع ثم يجبر المشترى لأن حق المشترى متعلق بعين وحق البائع فى الذمة فقدم ما تعلق بعين » المهذب ، للشيرازى مشار اليه من قبل ، الجزء الأول ، ص ٣٠٢ ـ وعند المالكية « للبائع ان يتمسك بالمبيع حتى يقبض الثمن » قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، ص ٢٧٢ وعند الحنابلة يقول ابن القيم « لا يملك البائع حبس المبيع على ثمنه فالمبيع دخل ملك المشترى وصار للثمن فى ذمته ولم يبق للبائع تعلق بالعين » ٠ اعلام الموقعين ، الجزء الرابع ، ص ٣٣ ٠

(٤٨) وراجع فى هذه المسالة عند الاحناف المادة ٤٨٢ والمادة ٤٨٣ من مجلة الأحكام العدلية ٠

واذا كان يتضح لنا حتى الآن اتفاق بين الفقه الاسلامى والقانونى بخصوص شروط الحق فى الحبس وآثاره بصفة عامة ، فاننا نود أن نبرز اختلافا جوهريا بينهما بخصوص الآثار تلك ٠

وتأكيدا لذلك ذكرت المادة ٣٣١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل أنه اذا اتفق المتبايعان على تأجيل الثمن فليس للبائع حق حبس المبيع ٠

اضافة الى ما تقدم ، وفى شروط الحق فى الحبس فى الفقه الاسلامى ، فانه يفترض أن هناك ارتباطا بين التزام الحابس – الذى يمتنع عن تنفيذه اعمالا للحق فى الحبس – وبين التزام آخر يقع على عاتق دائنه بهذا الالتزام الأول(٤٩) ٠

وعلى ما يبدو لنا ، فان أساس الحق فى الحبس انما يتمثل فى الفقه الاسلامى فى فكرة المساواه بين المتعاوضين(٥٠) ٠

وتبعا لذلك ، فان ما ينبغى أن يلاحظ ، أن نطاق الحق فى الحبس لا ينحصر – فى هذا الفقه – فى العقود الملزمة للجانبين ٠ فالحق فى الحبس يمكن أن يقوم خارج نطاق العقود أيضا(٥١) ٠

وغنى عن البيان أن التزام الحابس فى الفقه الاسلامى يتمثل محله غالبا فى تسليم شىء مادى ٠

وعن آثار الحق فى الحبس ،فالفقه الاسلامى يخول الحابس – على ما مر بنا – سلطة الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى يحصل على حقه كاملا ٠ اذ الحق فى الحبس لا يتجزأ(٥٢) ٠

---

(٤٩) راجع فى الارتباط أساس الحق فى الحبس فى الفقه الاسلامى : السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ، مشار اليه من قبل ، جـ ٦ ، ص ٢٠٩–٢١٠ ، ص ٢٤٢ ـ٢٤٣ ٠

(٥٠) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، للعلامة الفقيه علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى ، الناشر زكريا يوسف ، الجزء الخامس ، ص ٢٦٢٥ ٠

(٥١) ومن تطبيقات ذلك ما نصت عليه المادة ٧٦٨ من مرشد الحيران اذ قالت « اذا انهدم بعض الملك المشترك الذى لا يقبل القسمة وأراد احد الشريكين بناءه وامتنع الآخر يجبر على العمارة فان لم يعمر يأذن القاضى للشريك بالعمارة ثم يمنع الآخر من الانتفاع به حتى يؤدى ما يخص حصته من المصاريف ٠٠٠٠٠٠ » ٠

(٥٢) راجع فى عدم تجزئة الحق فى الحبس المادة ٢٧٨ من مجلة الأحكام العدلية والمادة ٤٥٤ من مرشد الحيران ، وقد عرضنا لهما من قبل ٠

فاذا كان الفقـه القانونى يكاد يجمع ـ على نحـو ما أسلفت ـ على أن الحـق فى الحبس لا يعطى الحابس امتيازا على سـائر الدائنين فان الفقـه الاسـلامى يختلف ٠ ولعـل فى نص المـادة ٢٩٦ من مجلة الأحكام العـدلية ما يقـدم الدليـل الساطع على ذلك اذ قالت « اذا مات المشترى مفلسا قبـل قبض المبيع وأداء الثمن كان للبائع حبس المبيع الى أن يستوفى الثمن من تركة المشترى وفى هـذه الصـورة يبيع الحاكم المبيع فيفى دين البائع بتمامه اذا كان بالثمن وفاء بالدين ويعطى الغرماء ما زاد وان بيـع انقص من الثمن الأصلى أخـذ البائع الثمن الذى بيـع به ويكون فى الباقى كالغرماء » ٠

والنص على هـذا النحـو يعرض لصـورة يبين منها أن الحـق فى الحبس يخـول صاحبه امتيازا فى استيفاء حقـه على باقى الدائنين ٠ فاذا توفى المشترى ولم يدفـع الثمن كان للبائع حـق حبس المبيع ، حتى يستوفى الثمن من تركة المشترى ٠ وفى هـذه الحالة يقـوم القاضى ببيع الشىء وتكون للبائع افضلية فى استيفاء حقـه على سـائر دائنى المشترى(٥٣) ٠

١١١ ـ انقضـاء الحـق فى الحبس :

وعن انقضاء الحـق فى الحبس فى الفقـه الاسـلامى فانه ينقضى بحصول الحابس على حقـه كاملا ٠ وينقضى أيضا بخروج الشىء من يد الحابس خروجا اراديا ٠ ولعـل فى نص المـادة ٤٥٩ من مرشـد الحيران ما يدل على ذلك اذ قالت « اذا سلم البائع المبيع قبـل قبض الثمن فقـد أسقط حـق حبسه فليس له بعـد ذلك أن يسترد المبيع وقـد أكدت هـذا المعنى أيضا المـادة ٢٨١ من مجلة الأحكام العـدلية »(٥٤) ٠

واذا كان القانون الوضعى يتفق مـع الفقـه الاسلامى فى سببى الانقضاء السابقين(٥٥) ٠ الا أن هـذا الفقـه يختلف عنه فى سببين آخرين لانقضـاء الحق فى الحبس ٠

---

(٥٣) قارن : المـادة ٤٦٤ من مرشـد الحيران ٠

(٥٤) ونصها كالآتى : « اذا سـلم البائع المبيع قبـل قبض الثمن فقـد أسقط حـق حبسه وفى هـذه الصورة ليس للبائع أن يسترد المبيع من يد المشترى ويحبسه الى أن يستوفى الثمـن » ٠

(٥٥) راجـع ما سبق بخصوص شرح المـادتين ١/٣١٨ مدنى كويتى ، ١/٢٤٦ مدنى مصرى ، حيث ينقضى حـق الحبس بالوفاء ـ راجـع أيضا المـادتين ١/٣٢٢ مدنى كويتى ، ١/٢٤٨ مدنى مصرى بخصوص انقضاء حـق الحبس بخروج الشىء من يد الحابس ٠ راجـع أيضا المـادتين ٢٤٦ ، ٢٤٩ من المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية ٠

السبب الأول يتمثل فى حصول الحابس على تامين كاف للوفاء بحقه .

وفى هذا الصدد فانه ونصوص القانون المدنى صريحة فى انقضاء الحق فى الحبس بهذا السبب(٥٦) . فلنا فى نصوص الفقه الاسلامى ما يؤكد العكس بعدم انقضاء الحق فى الحبس للسبب المذكور . مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٤٥٥ من مرشد الحيران « لا يسقط حق البائع فى حبس المبيع باعطاء المشترى له رهنا أو كفيلا .. الأمر الذى ركزت عليه أيضا المادة ٢٨٠ من مجلة الأحكام العدلية بقولها اعطاء المشترى رهنا أو كفيلا بالثمن لا يسقط حق البائع فى الحبس »(٥٧) .

أما عن السبب الثانى فقد ورد فى نصوص الفقه الاسلامى دون القانون المدنى الوضعى ، ويتعلق بحوالة الحق وحوالة الدين بخصوص الثمن فى البيع . فقد نصت المادة ٤٥٦ من مرشد الحيران فيما يتعلق بحوالة الحق فى ثمن المبيع على أنه « اذا أحال البائع أحدا على المشترى بكل الثمن أن لم يكن قبض منه شيئا او بما بقى له منه أن كان لم يقبضه كله وقبل المشترى الحوالة سقط حق البائع فى حبس المبيع .

أما عن حوالة الدين بثمن المبيع فقد نصت المادة ٤٥٧ من مرشد الحيران على أنه « اذا أحال المشترى البائع بالثمن كله ان كان كله فى ذمته أن كان أدى بعضه وقبل البائع الحوالة سقط حقه فى حبس المبيع » .

ونود أن ننبه هنا ، الى ملاحظة هامة مؤداها : أن نصوص الأحكام العدلية لم تعرض صراحة للحوالة بخصوص الثمن فى البيع كسبب لسقوط أو انقضاء الحق فى الحبس الا فى صورة واحدة لها هى حوالة الحق بهذا الثمن . وجاء ذلك فى المادة ٢٨٢ اذ قالت « اذا أحال انسانا بثمن المبيع وقبل المشترى الحوالة فقد أسقط حق حبسه .. »(٥٨) .

---

(٥٦) راجع فيما سبق المادة ١/٣١٨ مدنى كويتى ، المادة ٢٤٦ مدنى مصرى فى هذا الخصوص .

(٥٧) ويبدو أن المشرع المدنى الكويتى قد اخذ بهذا الحكم فى المادة ٥٠٣ اذ قالت : « اذا كان الثمن كله او بعضه مستحق الأداء فى الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشترى رهنا أو كفالة هذا ما لم يمنح البائع المشترى اجلا بعد البيع » ـ راجع أيضا المادة ٤٥٩ مدنى مصرى .

(٥٨) وعلى الرغم مما نقلناه فى المتن من ان المجلة لم تتعرض فى نصوصها صراحة الا لحوالة الحق بثمن المبيع ، فى المادة ٢٨٢ الا ان الأستاذ سليم رستم باز ذهب فى شرحه لهذا النص الى القول بأن حوالة الدين بثمن المبيع أى حوالة المشترى البائع على رجل بالثمن يسقط حق البائع فى الحبس ما دام قد قبل الحوالة . راجع له شرح المجلة ص ١٤٧ وقد سبق الاشارة اليه .

المبحث الرابع

دعـوى الصـورية(٥٩)

ACTION EN SIMULATION

١١٢ ـ تقسـيم :

نتناول أولا ماهية الصـورية ثم نبين آثارها • وبعـد أن نعرض للصورية فى الفقـه الاسلامى فى نطاق الحيل الشرعية • ويكون لنـا ذلك فى ثلاثة مطالب :

---

(٥٩) نظم القانون المدنى المصرى الصورية فى الفصل الثالث منه ضمن ما يكفل حقـوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان فى المواد ٢٤٤ ، ٢٤٥ •

اما المشرع المدنى فى الكويت فقـد حرص على ان تكون احكام الصـورية ضمن احكام آثار العقـد ونظمها فى المـادتين ١٩٩ ، ٢٠٠ • وقـد سلك نفس النهج المشروع المصرى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المـالية ونظم الصـورية فى المـادتين ١٤٨ ، ١٤٩ • وراجـع فى الصـورية بصفة عامة :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 272 p. 243 ets.

CARBONNIER : op. cit., n. 39. p. 137 ets.

المطلب الأول
ماهيــة الصــورية

١١٢ مكرر ـ ليس من شك فى ان بيان آثار الصـــورية فى مطلب ثان ، انما يتطلب بالضرورة ، وقبل ذلك ، أن تحدد ـ ونحن نتناول ماهيتها ـ تعريفها ، وانواعها ،وشروط الدعــوى بها ٠

١١٣ ـ اولا : تعريف الصــورية وأنواعها :

يقصــد بالصورية اظهار علاقة قانونية على غير الحقيقة أو هى ســتر الحقيقة وراء مظهر كاذب فالصورية على هــذا النحو تعنى اصطناع مظهر كاذب فى تكوين تصرف قانونى وبصفة خاصة ابرام عقــد ٠

وتجىء على نوعــين :

١ ـ الصورية المطلقة : وتنصب على وجــود التصرف ذاته بحيث أن التصرف الظاهر لا يكون له وجــود فى الحقيقة ٠ كما لو باع المدين مالا يملكه بيعا صــوريا غير حقيقى ليصل من ذلك الى جعــل هــذا المــال بمنــأى عن الدائنين وضمانهم العام ٠

٢ ـ الصورية النسبية : وترد على نوع التصرف أو على ركن او شرط فيه ٠ بحيث تستر تصرفا حقيقيا يختلف عن التصرف الظاهر فى أمر ممــا ذكرنا أو اكثر ٠ مثال ذلك ابرام عقــد هبــة فى صــورة بيــع أو يذكر فى البيع ثمن أقــل من الحقيقى تهربا من رسوم التسجيل ٠

١١٤ ـ ثانيا : شروط دعــوى الصــورية :

نستطيع ان نحــدد شروط هــذه الدعــوى بالمقارنة مــع شروط الدعــوى البولصية ٠ فاذا كان يشترط فى الدعــوى البولصية ان يكون حق الدائن مستحق الأداء فيكفى فى الصوريــة أن يكون حــق الدائن خاليا من النزاع ٠

ويباشر الدائن دعــوى الصــورية سواء كان حقــه سابقا أو لاحقــا للتصرف المطعون فيــه بخلاف الدعــوى البولصية ٠ وبخلاف الدعــوى البولصية أيضا لا يشترط فى الصورية أن يكون التصرف المطعون فيه قــد ادى الى اعسار من صــدر منه ولا يشترط أن تؤدى الصــورية الى الاضرار بالدائن ٠

كل ما هنالك أن الأمر فى الصــورية يفترض وجــود عقــد ظاهر وآخر مستتر مــع اتحــاد الأطراف والموضوعات وأن يكون بينهما اختلاف أما من حيث الطبيعة أو من حيث ركن أو شرط ٠

المطلب الثانى

آثار الصـــورية

١١٥ – نميز بين آثار الصورية بالنسبة للمتعاقــدين وأثرها بالنسبة للغـــــــير ٠

وعن اثر الصـــورية بين المتعاقـدين :

نصت المــادة ١٩٩ من القانون المدنى الكويتى على أنه « اذا أبرم عقـد صـــورى كانت العبره بالحقيقة فيما بين المتعاقـدين والخلف العــام لكل منهما ، وسرى بينهم العقـد المستتر ، اذا توافرت له أركانه ، دون العقد الظاهر » ٠

وهـــو ما نصت عليه المــادة ٢٤٥ مدنى مصرى من أنه « اذا ستر المتعاقدان عقــدا حقيقيا بعقـد ظاهر فالعقـد النافـذ فيما بين المتعاقـدين والخلف العام هو العقـد الحقيقى » ٠ فالأصــل أن الصورية بذاتها ليست من أسباب بطلان التصرف وكما هــو واضح من النص فالعبرة بالتصرف الحقيقى ٠ فان كانت الصـــــورية مطلقة لكان معنى ذلك العقد الظاهر لا يســتر أى عقد ٠ ففى البيع الصورى مثلا لا يكون لطرفيه المطالبة بأى حــق(٦٠) ٠

أما اذا كانت الصورية نسبية فالعبرة بالعقـد الحقيقى دون الظاهر على أن تتوافر شروطه والا كان هــذا العقـد باطــلا ٠ ونسرى فيه الأحكام فى حــق طرفى التصرف وكذا خلفهما العام ٠ ويقــع عبء اثبات الصورية على المدعى وفقــا للقواعــد العامة فى الاثبات ٠

---

(٦٠) وقـد نصت على هــذا الحكم المــادة ١٤٨ من المشروع المصرى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المــالية ونصها كالآتى :

« اذا ستر المتعاقـدان عقـدا حقيقيا بعقـد ظاهر فالعقـد النافـذ فيما بين المتعاقـدين والخلف العام هــو العقـد الحقيقى » ٠

وواضح أن هــذه المــادة المقترحة من المشروع تطابق المــادة ٢٤٥ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المــادة ١٩٩ من القــانون المدنى الكويتى ٠

اثر الصورية بالنسبة للغير :

يقصد بالغير كل شخص لم يكن طرفا فى التصرف الصورى وتكون له مصلحة أما بالاستفادة أو الضرر • ويشمل الغير اى شخص غير المتعاقدين وخلفهما العام • ومنه دائن المتعاقد والخلف الخاص • والغير على هذا المعنى يمكن أن يتمسك بالعقد الظاهر اذا كانت مصلحته فى ذلك على أن يكون حسن النيه • فدائن المشترى فى البيع الصورى له مصلحة فى التمسك بالعقد الظاهر • كذلك يمكن للغير أن يتمسك بالعقد الحقيقى • مثال ذلك دائن البائع فى بيع صورى فله مصلحة فى التمسك بالعقد الحقيقى • وقد نصت على ذلك المادة ١/٢٠٠ مدنى كويتى (م• ١/٢٤٤ مدنى مصرى) •

فاذا تعارضت المصالح وتمسك أحدهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخر بالعقد الحقيقى كانت الأفضلية لمن تمسك بالظاهر عملا على استقرار المعاملات وحماية له • وهو ما نصت عليه المادة ٢/٢٠٠ من القانون المدنى الكويتى (م• ٢/٢٤٤ مدنى مصرى) •

ويقع على الغير مدعى الصورية عبء اثباتها • اى عبء اثبات صورية العقد الظاهر • ويكون له ذلك بكل الوسائل[٦١] •

---

(٦١) ونصت على هذا الاحكام بخصوص اثر الصررية بالنسبة للمادة ١٤٩ من المشروع المصرى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية كالاتى :

« ١ ــ اذا ابرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسنى النيه ان يتمسكوا بالعقد الصورى ، كما ان لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم •

٢ ــ واذا تعاوضت مصالح ذوى الشان وتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك بعضهم بالعقد المستتر كانت الافضلية للاولين » •

المطلب الثالث

الصورية فى الفقه الاسلامى

١١٦ ـ الصورية والحيل الشرعية :

قلنا ان الصورية تعنى فى الفقه القانونى اصطناع مظهر كاذب فى تكوين تصرف قانونى وعلى الأخص ابرام عقد . ويشبه ذلك فى الفقه الاسلامى الحيله . اذ يمكن أن نتصور من خلالها عقودا صورية غير حقيقيه . ونذكر فى هذا الصدد ما قاله شيخ الاسلام ابن تيميه(٦٢) فى خصوص التشديد على تحريم الربا ومنع الاحتيال له بكل الطرق . « وجماع الحيل نوعان : أما أن يضموا الى أحد العوضين ما ليس بمقصود ، أو يضموا الى العقد عقدا ليس بمقصود » ومثل للنوع الثانى بأن « يقرن بالقرض محاباه فى بيع أو اجاره أو مساقاة ونحو ذلك ، مثل أن يقرضه الفا ويبيعه سلعة تساوى عشرة بمائتين او يكريه دارا تساوى ثلاثين بخمسة ونحو ذلك . فهذا أو نحوه من الحيل لا تزول به المفسدة التى حرم الله من اجلها الربا » . وجاء فى موقع آخر لابن تيميه أيضا « لا يجمع بين معاوضه وتبرع لأن ذلك التبرع كان لأجل المعاوضة لا تبرعا مطلقا فيصير جزءا من العوض . فاذا اتفقا على انه ليس بعوض جمعا بين أمرين متنافيين . فان من أقرض رجلا الف درهم وباعه سلعة تساوى خمسمائة بألف لم يرض بالاقتراض الا بالثمن الزائد للسلعة ، والمشترى لم يرض ببذل ذلك الثمن الزائد الا لأجل الألف التى اقترضها . فلا هذا باع بيعا بألف ولا هذا أقرض قرضا محضا ، بل الحقيقة : أنه أعطاه الألف والسلعة بألفين ـ وهكذا من أكرى الأرض التى تساوى مائه بألف وأعراه الشجر ، ورضى من ثمرها بجزء من ألف جزء فمعلوم الاضطرار : أنه انما تبرع بالثمرة لأجل الألف التى أخذها ، وأن المستأجر انما بذل الألف لأجل الثمرة . فالثمرة هى جل المقصود المعقود عليه أو بعضه فليست الحيله الا ضربا من اللعب والا فالمقصود المعقود ظاهرا »(٦٣) . واذا دققنا النظر فى الفروض

---

(٦٢) القواعد النورانية الفقهية لشيخ الاسلام ابن تيمية ، دار المعرفة ـ بيروت ١٣٩٩هـ ، ص ١١٩ ـ ١٢٠ .

السابقة بأن لنا تصرفاً ظاهر وآخر خفى ٠ وعلى سبيل المثال فالقرض بزيادة ربا فى الحقيقة وبيع فى الظاهر ٠ وفى هذا الاطار نضيف تطبيقات أخرى للصورية ٠

١١٧ - تطبيقات الصورية فى نطاق الحيل :

فى الاطار السابق للحيل فى الفقه الاسلامى نقدم بعض تطبيقات الصورية ٠

١١٨ - ١ - بيع التلجئة :

وهو البيع الذى يضطر اليه المرء لخوف ظالم أو لسبب ضرورى آخر ٠ وهو بيع صورى ظاهر يخفى فى باطنه اتفاقا مخالفا(٦٤) ٠

وقد عرفت المادة ١٧٩ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل التلجئة بقولها « التلجئة : هو التقيه باظهار عقد غير مقصود باطنا » ٠ وكما هو واضح من التعريف ، فان استخلاص الصورية فيه لا يحتاج الى كبير عناء ٠ وعلى كل حال فقد أبطل الحنابلة بيع التلجئة(٦٥) ٠

راجع فى الحيل الشرعية ايضا : الاشتباه والنظائر ، لابن نجيم ، مشار اليه من قبل ، ص ٤١١ وقد عرف الحيلة بانها الحذق وجودة النظر وقال أن المراد بها هنا ما يكون مخلصا شرعيا لمن ابتلى بحادثة دينية - راجع أيضا فى الموضوع : محمد عبد الوهاب بحيرى ، الحيل فى الشريعة الاسلامية ، الطبعة الاولى ، ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م - صبحى محمصانى ٠ فلسفة التشريع فى الاسلام ، الطبعة الرابعة ٠ دار العلم للملايين ، بيروت ١٩٧٥ ، ص ٢٤٥ وما بعدها ٠ راجع أيضا المادة ٢١٧ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل فى تعريف الحيلة ٠

(٦٣) القواعد النورانية الفقهية ، لشيخ الاسلام ابن تيمية ، مشار اليه من قبل ، ص ١٤٢ ٠

(٦٤) راجع فى تفصيل بيع التلجئة تطبيقا للصورية فى الفقه الاسلامى : صبحى محمصانى ، النظرية العامة للموجبات فى الشريعة الاسلامية ، مشار اليه من قبل ص ٥٢٩ - ٥٣٠ ٠

(٦٥) نصت المادة ٢٣٥ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل على ما يأتى : « لا يصح بيع التلجئة فلو اشهد « انى ابيعه خوفا وتقية » وباعه كان البيع باطلا » ٠٠ راجع ايضا من نفس المجلة (م ٠ ٢٣٦ ، م٠ ١٥٤٦) ٠

١١٩ ـ ٢ ـ الشـــفعه :

ونشير هنا الى ما نعتقـده أحـد فروض الصـورية فى الفقـه الاسلامى بمناسبة الشفعة · ونصت عليه المـادة ١٤٤ من مرشـد الحيران اذ قالت « اذا اخبر الشفيع بمقـدار الثمن فاستكثره فسلم فى الشفعة ثم تحقق له ان الثمن أقـل ممـا أخبره به فله حـق الشفعة » ولنـا أن نستخلص من أن النص يتناول فرض صـورية الثمن فى حالة الشفعة · كما لو اتفق مالك العقـار مـع أجنبى على شرائه بثمن يتحـدد فى العقـد ويفـوق كثيرا القيمة الحقيقية لهذا العقار وصـولا الى منـع الجار من المطالبة بالشفعة ·

ومن أظهر فروض الصـورية فى الفقـه الاسلامى ، وبخصوص الشـفعة ايضا ، ما جاء فى الاشباه والنظائر لابن نجيم اذ قال « فى الشفعه ، الحيـلة أن يهب الدار من المشترى ، ثم هـو يوهبـه قـدر الثمن وكذا الصـدقة ، أو يقر لمن اراد شراءها بهـا ثم يقر الآخر له بقـدر ثمنها »(٦٦) ·

ووجـه ذلك أن الشفعة انمـا تكون للجـار فى بيـع العقار · وهـذا هـو المسلم به فى الفقه الاسلامى · وعن طريق الحيلة يستطيع المـالك أن يمنع الشفعة عن الجار · ويكون ذلك بأن يهب العقار لأجنبى ويؤدى الأجنبى له مبلغا فى صورة هبه أيضا · فالتصرف يتضمن فى حقيقته بيعا وفى الظاهر هبة · ولا شـفعة فى الهبـة · ويمكن أن تتأتى الحيلة على ما تقـدم ايضا ، وصـولا الى منـع الشفعة عن الجـار ، عن طريق اقرار المـالك بأن العقار للأجنبى ويؤدى الأخير للأول مبلغـا من المـال على سبيل الهبة وهـو فى الحقيقة عـوض أو ثمن · وهـذا التصرف هـو فى حقيقته بيـع وفى الظاهر هبة(٦٧) ·

ويتضح لنـا من ذلك ان هنـاك تصرفا مستترا وآخر ظاهرا وهـو ما تعنيه الصـورية فى التصرفات القانونية ·

فى موقف الحنفية من بيع التلجئة : راجع : حاشية رد المختار لابن عابدين ، مشار اليـه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٢٧٣ · ويقول ابن عابدين « وبيع التلجئة وهو ان يظهرا عقـدا وهما لا يريدانه يلجأ اليه لخـوف عـدو وهو ليس ببيع فى الحقيقة بـل كالهـزل » ·

= وفى موقف المـالكية : راجع : قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى ، مشاراليـه من قبـل ، ص ٢٧١ ·

(٦٦) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، مشار اليـه من قبل ، ص ٤١٥ ·

(٦٧) راجع تطبيقات اخرى ، محمد عبد الوهاب بحيرى ، المرجع السابق ، ص ١٧٢-١٨٣ ·

المبحث الخامس

شهر الاعسار

LA CONDFITURE

١٢٠ - تقسيم :

نظم القانون المدنى المصرى الاعسار المدنى فى الفصل الثالث بخصوص ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان فى المواد ٢٤٩ ، ٢٦٤ . والاعسار المدنى فى القانون يقابل فى الفقه الاسلامى الحجر على المدين المفلس(٦٨) .

وفى هذا الاطار نكتفى - ولو فى عجالة - بالقاء الضوء على شهر الاعسار ونعقب ذلك بايجاز عن الحجر على المدين المفلس فى الفقه الاسلامى . ونخصص لهما مطلبين :

المطلب الأول : شهر الاعسار فى القانون المدنى .

المطلب الثانى : الحجر على المدين المفلس فى الفقه الاسلامى .

---

(٦٨) ولم ينظم القانون المدنى الكويتى الاعسار ، وتبعه فى ذلك المشروع المصرى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية على خلاف القانون المدنى المصرى الحالى . فالعمل قد دل على ان نظام الاعسار لم يحقق الغاية المرجوه منه لكثرة نفقاته وقلة جدواه للدائنين الذين يجدون فى دعوى عدم نفاذ التصرف وفى سائر وسائل ضمان التنفيذ ما يغنى عن الحكم بشهر اعسار المدين ، بل قلما يلجأ الى هذه الوسيلة الا من يريد التشهير بمدينه وتجريح سمعته .

المطلب الأول

شــهر الاعســار

فــى

القــانون المــدنى

١٢١ ــ يعـد شهر الاعسار من الوسائل التى خـولها القانون المدنى للدائن لكى يضمن تنفيذ المدين لالتزامه ويتمكن من تجنب تصرفاته الضاره • ويفترض مـع هـذه الوسـيلة ــ حيث مجالها الأساسى ــ أن أموال المدين لا تكفى للوفاء بديونه المستحقة الأداء • على حـد قـول المادة ٢٤٩ مدنى مصرى •• وعلى نحـو ما ذكرت ، فان الاعسار يتخـذ صـورة من اثنين •

الأولى : الاعسار الفعلى ويعنى حالة واقعية تنشأ من زيادة ديون المدين ــ ولو كانت غير مستحقة الأداء ــ على أمواله •

الثانية :الاعسار القانونى : مؤداه أن حالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين المستحق الأداء عن أمواله •

ونحن نتكلم ، نقصـد الاعسار القانونى(٦٩) •

١٢٢ ــ طلب شـهر الاعسار وشروطه :

غالبا ما يكون طالب الاعسار هـو أحـد الدائنين بهـدف غـل يد المدين عن التصرف فى أمواله اضرارا بهم • على انه يمكن تصور قيام المدين نفسـه بطلب شـهر اعسار فقـد يرى أن الظروف التى تحيط بعـد شـهر اعساره يمكن ان تشفع له أما فى الحصول على آجال جـديدة للديون الحاله وأما فى سـد الآجال بالنسبة للديون المؤجلة •

وقـد يكون المدين غارقا فى الديون وقـد وقعت عليه الحجوز ممـا أدى الى حجز ايراداته فيكون طلب شـهر اعساره حتى يستطيع الحصول على نفقة •

وعن شروط شـهر الاعسار فيكفى فيـه أن تفـوق ديون المدين المستحقة الأداء ما له من أموال • وهـذا هـو الاعسار القانونى كما ذكرنا • ويقـع على عاتق طالب شـهر الاعسار أن يثبت ذلك بكافـة انواع الطرق •

---

(٦٩) راجع : SAVATIER : op. cit., n. 325, p. 390 - 391.

وراجع فى الاعسار بصفة عامة : السنهورى ، الوسيط ، جـ ٢ ، رقم ٦٨٧ ، ص ١١٩٨ وما بعدها •

١٢٣ ـ الحكم بشهر الاعسار :

يكون شهر الاعسار القانونى بحكم يصدر من المحكمه المختصة وهى المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها موطن المدين • وتنظر المحكمة الدعوى على وجه السرعة (م / ٢٥٠ مدنى مصرى) • ويلاحظ أن المحكمة غير ملزمة باجابة طالب شهر الاعسار القانونى • فللمحكمة سلطة تقدير بموجب المادة (٢٥١) مدنى مصرى يتعين عليها أن تراعى فى اطارها جميع الظروف التى احاطت بالمدين ، سواء كانت ظروف عامة مثل ازمة اقتصادية أو حرب أو فيضان أم ظروف خاصة كأن يكون مبذرا •

ومتى كان ذلك ، يتعين على كاتب المحكمة بموجب المادة ١/٢٥٣ أن يسجل صحيفة دعوى الاعسار فى سجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرين وذلك فى اليوم الذى قيدت فيه دعوى الاعسار • وعليه أن يؤشر فى هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر فى الدعوى وكل حكم يصدر بتأييده أو الغائه وذلك كله يوم صدور الحكم • وعلى الكاتب أيضا أن يرسل للجهة المختصة صورة من التسجيلات والتأشيرات لاثباتها فى سجل عام •

١٢٤ ـ آثار الاعسار :

يترتب على الحكم بشهر الاعسار عدة آثار نوجزها فيما يلى :

١٢٥ ـ أولا : سقوط الأجل :

يترتب على الحكم بشهر الاعسار حلول ما فى ذمة المدين من ديون مؤجله (م• ١/٢٥٥ مدنى مصرى) وبهذا يتمكن كل الدائنين بما فيهم أصحاب الديون المؤجلة من التنفيذ على أموال المدين • والقول بغير ذلك يؤدى ولا شك الى تقدم أصحاب الديون مستحقة الأداء • ومع أن سقوط الأجل يبدو للوهلة الأولى أمرا لا مفر منه ، الا أن المشرع أجاز للمدين أن يطلب أجلا بخصوص الديون مستحقة الأداء • واذا كانت الظروف تبرر ذلك فان القاضى يجيبه الى طلبه • (م• ١/٢٥٥ مدنى) •

١٢٦ ـ ثانيا : اتخاذ اجراءات التنفيذ ضد المدين :

باعتبار أن الاعسار المدنى ليس اجراء جماعيا ـ بخلاف الافلاس التجارى ـ ضد المدين فان الحكم بشهر اعسار هذا المدين لا يمنع ـ بحسب الأصل ـ اى دائن من اتخاذ اجراء فردى ضده وصولا الى التنفيذ على أمواله • وقد يقال بأن فى ذلك ما يؤثر على المساواة بين الدائنين • والرد على ذلك أمر بسيط اذ أن فى شهر الاعسار من العلانية ما يكفى لكى يعلم كل دائن

بالأمر وينضم الى زميله فى التنفيذ على أموال المدين اذا اراد بطبيعة الحال .
ونشير فى هذا الصدد الى ما جاء بالمادة ٢/٢٥٦ مدنى مصرى من عدم جواز الاحتجاج على الدائنين ذوى الديون ثابتة التاريخ قبل تسجيل صحيفة دعوى الاعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل .

١٢٧ ـ ثالثا : عدم نفاذ تصرفات المدين فى مواجهة الدائنين :

اذا سجلت صحيفة دعوى الاعسار على المدين يترتب على ذلك عدم سريان أى تصرف يقوم به ويؤدى الى انقاص حقوقه أو زيادة التزاماته . وعلى الرغم من ذلك فقد أجاز القانون للمدين التصرف فى أمواله ولو بغير رضا الدائنين (م. ٢/٢٥٨ مدنى مصرى) شريطة أن يتم التصرف بثمن المثل على أن يستعان بالخبراء عند الخلاف وأن يتولى المشترى ايداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقا للاجراءات المقرره . على أنه اذا نقص الثمن عن ثمن المثل فان التصرف لا يسرى فى مواجهة الدائنين الا اذا قام المشترى بايداع فرق الثمن الذى اشترى به ما نقص من ثمن المثل . اضافة الى ما تقدم ، وفى التخفيف من شهر الاعسار على المدين ، أجازت المادة ٢٥٩ مدنى مصرى تقرير نفقه للمدين اذا أوقع الدائنون حجزا على ايراده . ويكون اقتطاع النفقة من ايراد المدين المحجوز وليس من رأس المال .

١٢٨ ـ رابعا : تعرض المدين لعقوبة التبديد :

يتعرض المدين لعقوبة التبديد فى حالتين (مادة ٢٦٠ مدنى مصرى) :

الأولى : اذا تعمد الاعسار على سبيل الغش عند مطالبته بالدين بموجب دعوى وانتهى الأمر بصدور حكم بالدين ضده .

الثانية : اذا لم يكن أمينا فى مسلكه تجاه دائنيه بعد شهر الاعسار ، كما لو أخفى أمواله هروبا من التنفيذ عليها .

١٢٩ ـ خامسا : انتهاء حالة الاعسار :

قد تنتهى حالة الاعسار بحكم قضائى أو بقوة القانون . وتنتهى بالحكم اذا زال سبب شهر الاعسار (مادة ٢٦١ مدنى مصرى) ويكون ذلك اذا ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد عن أمواله أو اذا قام المدين بالوفاء بديونه التى حلت ولا يرجع حلولها الى شهر الاعسار ..

وتنتهى بقوة القانون بانقضاء خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الاعسار (مادة ٢٦٢ مدنى مصرى) وينبنى على انتهاء الاعسار على النحو المتقدم أن يكون للمدين التصرف فى أمواله وأن يطلب اعادة الديون التى حل أجلها بسبب شهر الاعسار الى أجلها السابق شريطة أن يكون قد أدى ديونه التى حلت دون أن يكون للاعسار أثر فى حلولها .

المطلب الثانى

الحجر على المدين المفلس

فى الفقــه الاســلامى

١٣٠ ـ تقســـيم :

فى الحجر على المدين المفلس فى الفقــه الاسلامى نتناول تعريف المفلس والحجر ثم نعرض لشروط الحجر وآثاره ٠

وعلى ذلك تنقسم دراستنا فى هــذا المطلب الى الفروع الآتية :

الفرع الأول : تعريف المفلس والحجر ٠

الفرع الثانى : شروط الحجر ٠

الفرع الثالث : آثار الحجر ٠

الفرع الأول

تعريف المفلس والحجر

١٣١ ـ ورد تعريف الحجر فى المادة ١٤٥٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل الشيبانى ، ويراد به « منع المالك من التصرف فى ماله سواء كان هذا المنع من قبل الشارع كالحجر الذى على الصغير والمجنون أو من قبل الحاكم كالحجر على المفلس والسفيه » . ويبدو أن المجلة المذكورة قد عرفت الحجر بما يرتبه من أثر بغض النظر عن سببه وكيفية وقوعه . واثر الحجر يتمثل على ما جاء بالمادة المذكورة فى منع المالك من التصرف فى ماله . سواء كان قد حجر عليه بسبب صغر السن أو الجنون أو لانه مديون مفلس أو لانه سفيه(٧٠) . وقد عرف ابن عابدين الحجر شرعا بأنه « منع من نفاذ تصرف قولى »(٧١) .

---

(٧٠) راجع فى معنى الحجر عند الحنابله ايضا ، كشاف القناع ، للبهوتى . مشار اليه من قبل ، ج ٣ ، ص ٤١٦ ـ وقد ورد فى شرح مجلة الاحكام العدلية للاستاذ سليم رستم : اعلم أن اسباب الحجر ستة . الرق والصغر والجنون وضرر العامه والدين والسفة ـ راجع ص ٥٣٨ .

(٧١) حاشية رد المختار لابن عابدين ، مشار اليه من قبل ، الجزء السادس . ص ١٤٣ وبهذا التعريف أخذت احدى المحاكم الشرعية فى مصر : محكمة تلا الشرعية فى ١٩٥٢/١٢/٤ وقالت : « الحجر فى الشرع منع نفاذ تصرف قولى » . وقد ورد الحكم فى مجموعة مبادىء القضاء الشرعى فى خمسين عاما ، احمد نصر الجندى ، المجلد الاول ، الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ ـ ١٩٧٨م ، دار الفكر العربى ، القاهرة . راجع ص ٢٦١ .

وعند الشافعية « اصل الحجر المنع والحظر .... والمحجور عليه ممنوع من التصرف فى ماله . وحجر الحاكم عليه أى منعه من التصرف » .

راجع : النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب لمحمد بن احمد بن بطال الركبى ، بذيل صحائف المهذب للشيرازى وقد اشرنا اليه من قبل ، الجزء الاول ، ص ٣٣٥ .

اما عن المفلس فقد عرفته المادة ١٤٥٨ من مجلة الأحكام الشرعية سالفة الذكر بقولها هو « من لزمه من الدين اكثر من ماله الموجود » .. ويبين لنا من ذلك ان المفلس هو مديون تزيد ديونه على أمواله(٧٢) .

اما المادة (٩٩٩) من مجلة الأحكام العدلية فقد عرفت المفلس بقولها « هو من كان دينه مساويا لما له أو أزيد منه ... » .

وبالمقارنة يبين لنا اختلاف بين هذا النص وما سبقه بخصوص تعريف المفلس . ونجمل هذا الاختلاف فنقول : أن النص الثانى قد أعطى للمفلس معنى واسعا يضيق عنه معناه فى النص الأول . وتفسير ذلك ان هذا النص الثاني (مادة ٩٩٩) قد جعل المدين مفلسا اذا زادت ديونه عن أمواله أو اذا كانت مساوية لها . على حين لم يجعل ذاك النص الأول (مادة ١٤٥٨) المدين مفلسا الا فى حالة واحدة تزيد فيها ديونه على امواله . وقريب منه ما اورده ابن رشد فى بداية المجتهد ونهاية المقتصد من أن « الافلاس فى الشرع يطلق على معنيين احدهما أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون فى ماله وفاء بديونه والثانى ألا يكون له مال معلوم أصلا »(٧٣) .

---

(٧٢) راجع فى المغنى ايضا : كشاف القناع ، للبهوتى ، مشار اليه من قبل ، جـ ٣ ، ص ٤١٧ .

(٧٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد للامام القاضى ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد ابن احمد بن رشد القرطبى . الشهير بابن رشد الحفيد . دار الفكر ، مكتبة الخانجى الجزء الثانى ، ص ٢٣٨ .

الفرع الثانى

شروط الحجر

١٣٢ ـ فى المذهب الحنفى :

يجوز ـ بناء على قول الصاحبين ـ الحجر على المدين المفلس بطلب الغرماء[٧٤] • وهو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية فى المادة (٩٥٩) اذ قالت « للحاكم أن يحجر المديون بطلب الغرماء »[٧٥] •• ويتضح لنا من هذا النص :

انه يشترط للحجر على المدين ان يطلب الغرماء ذلك • وفى هذه الحالة يحكم القاضى بالحجر • ويلاحظ أنه لا يشترط لذلك ـ حسب عموم النص ـ أن يكون المديون مفلسا • ونكتفى للتحليل على أن أفلاس المديون ليس شرطا للحجر عليه ـ وهو مقتضى عموم النص السابق كما ذكرت للتو ـ بنص المادة (٩٩٨) من مجلة الأحكام العدلية • وقد نصت على أنه « لو ظهر عند الحاكم مماطلة المديون فى أداء دينه مع قدرته على الوفاء وطلب الغرماء بيع ما له وتأدية دينه حجره الحاكم » • فالحجر وفقا لما يقضى به هذا النص يمكن أن يقع على المدين لمجرد المماطلة فى أداء دينه مع قدرته على الوفاء وذلك بغض النظر عن افلاسه من عدمه •

وعلى الرغم من ذلك ، فانه يبين لنا من نص المادة (٩٩٩) من مجلة الأحكام العدلية المذكورة من قبل ومما ورد فى شرح المجلة تعليقا عليها •• أنه لا يجوز الحجر على المدين ما لم يكن مفلسا[٧٦] •

---

(٧٤) راجع شرح المجلة ، مشار اليه فيما سبق ، الموقع السابق •

(٧٥) ويذكر الاستاذ سليم رستم ان مجرد دعوى الغرماء لا يكفى بل يجب ان يكون الدين محكوما به •

راجع شرح المجلة ، مشار اليه فيما سبق ، ص ٥٥٣ •

١٣٣ ـ وعند الحنابلة :

نصت المادة (١٥٠٩) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد ابن حنبل أنه « اذا طلب غرماء المفلس ولو بعضهم الحجر عليه لزم الحاكم اجابتهم ولا يحجر عليه دون طلب أحد من الغرماء كما لا يحكم عليه بطلب نفسه » ·· وفى ضوء النص ، يمكننا القول بأنه يشترط للحجر على المدين ، وفى المقام الأول ، أن يطلبه الغرماء من الحاكم كلهم أو بعضهم · وعليه فلا حجر دون طلب أحد من الغرماء ولا حجر أيضا بطلب المدين نفسه · وفى المقام الثانى ، وكما هو واضح من صدر النص حين قال « اذا طلب غرماء المفلس » فانه يشترط للحجر على المدين أن يكون مفلسا · والمفلس هو من لزمه من الدين أكثر من ماله الموجود على نحو ما جاءت به المادة (١٤٥٨) من مجلة الأحكام الشرعية بخصوص تعريف المفلس كما عرضنا من قبل · وما يؤكد افلاس المدين شرطا لا يجوز الحجر عليه دونه ما ذكرناه من قبل بخصوص تعريف الحجر على نحو ما جاءت به المادة (١٤٥٧) · فالحجر وفقا لها عبارة عن منع المالك من التصرف فى ماله سواء كان المنع من قبل الحاكم كالحجر على المفلس والسفيه · والمعنى الواضح لذلك أن منع المدين من التصرف تجنبا للاضرار بدائنيه هو جوهر الحجر والافلاس من مقتضى الحجر ·· وتشترط المادة (١٥١٠)من مجلة الأحكام الشرعية فوق ما تقدم اعلان الحجر على المفلس والاشهار عليه ··(٧٧) وفى ذلك يختلف الحنابلة عن الحنفية · فقد ذكر الأستاذ سليم رستم فى شرح مجلة الأحكام العدلية أن الاشهار اى اعلان الحجر ليس بشرط لصحته وانما يفعله القاضى خوفا من الجحود(٧٨) ·

ويثور التساؤل بخصوص معنى الافلاس باعتباره شرطا للحجر · فاذا كان مقصود الافلاس كما أسلفنا هو أن تزيد ديون المدين عن أمواله ، فاننا نتساءل عما اذا كان المقصود بهذه الديون الحال منها أم المؤجل ؟ ·

واجابة عن هذا التساؤل نقول : اذا كان يشترط للحجر طلب الغرماء ، فأن هذا الطلب يفترض حلول ديونهم ومن ثم فان المقصود بالديون هو الحال

---

(٧٦) راجع المادة (٩٩٩) من مجلة الاحكام العدلية والتطبيق عليها · شرح المجلة للاستاذ سليم رستم مشار اليه فيما سبق ، ص ٥٥٥ ·

(٧٧) وجاء فى كشاف القناع : « ويستحب الاشهاد عليه لينتشر ذلك · وربما عزل الحاكم أو مات فيثبت الحجر عليه عند الحاكم الآخر فلا يحتاج الى ابتداء حجر ثان » الجزء الثالث · ص ٤٢٣ ·

(٧٨) شرح المجلة ، مشار اليه فيما سبق ، ص ٥٥٣ ـ ٥٥٤ ·

من مجلة الأحكام الشرعية حين قالت « لا يحـل الدين المؤجـل بجنون المدين منها وليس المؤجـل • ونسوق فى التدليل على ذلك ما ورد بالمـادة (١٥٠٥) ولا تفليسه » وما جاءت به المـادة (١٥٣٧) من مجلة الأحكام الشرعية أيضا حين قالت : « لا يحـل الدين المؤجـل بتفليس المدين ... » • ووجـه الاستدلال فى النصين أنه اذا كان افـلاس المدين لا يؤدى الى حلول ديونه المؤجـله فان مؤدى ذلك أن هـذا الافلاس لا يقـوم بهـذه الديون وانما بالحال منها • وعلى ذلك فالافلاس كشرط للحجر يعنى أن تزيد ديون المدين الحاله عن أمواله •

١٣٤ ـ اما عن الشـافعية :

فقـد جاء فى الاشباه والنظائر للسيوطى فى باب الحجر « أنواعـه ذكر منها فى الروضـة ثمانية حجر الصبى والمجنون ، والسفيه ، والراهن للمرتهن والمريض للورثة ، والمفلس لحـق الغرماء ، والعبد لسيده ، والمرتد للمسلمين .. وزاد السبكى : الحجر على الممتنع من وفاء دينه ، وماله زائد التمسه الغرماء فى الأصح(٧٩) » وقال فى موقـع آخر قال المحاملى فى المجموع : الحجر أربعـة اقسام .... الثالث لا يثبت الا بحاكم ، وفى انفكاكه بدونه وجهان • وهـو حجر المفلس »(٨٠) •

ويتضح لنـا ممـا تقـدم ، انه يشترط فى افـلاس المدين ومن ثم الحجر عليه ، أن يمتنع المدين عن وفاء دينه • ويصح الحجر عليه ولو كان له مال زائد يكفى للوفاء(٨١) شريطة أن يلتمس الغرماء الحجر من الحاكم •

١٣٥ ـ وعن المـالكية :

« فقـد جاء فى كسبهم أن التفليس هـو خلع الرجـل عن ماله للغرماء فاذا احاط الدين بمـال احـد ولم يكن فى ماله وفاء بديونه وقام الغرماء عند القاضى

---

(٧٩) الاشباه والنظائر للسيوطى ، مشار اليه من قبل ، ص ٤٥٨ •

(٨٠) الاشباه والنظائر للسيوطى ، مشار اليه من قبل ، ص ٤٦٠ •

(٨١) قارن : ما جاء بالمهذب للشيرازى فى فقه الشافعية « وان ركبته الديون ورفعه الغرماء الى الحـاكم وسالوه ان يحجر عليـه نظر الحـاكم فى ماله • فان كان له مال يفى بالديون لم يحجر لانه لاحاجة به الى الحجر بل يامره بقضـاء الدين فان كان له مال لا يفى بالديون حجر عليه وباع ما له عليه » ، الجـزء الاول من المهذب ، ص ٣٢٠ ، ٣٢١ •

(٨٢) قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٤٦ ـ ٣٤٧ • هـذا ويلاحظ اننا قـد اشرنا فيما سبق الى نفس الموقع من نفس الكتاب فى معرض بيان تصـور الفقه الاسـلامى لدعـوى عـدم نفاذ التصرف من قبل •

فانه يجرى فى ذلك على المديان أحكام التفليس وهى خمسة ٠٫٠٠١٠ (الرابع) ان يحتبر عليه »(٨٢) وتبعا لذلك ، فان مناط الحجر لدى المالكية ان يحيط الدين بمال أحد بحيث لا تكفى أمواله للوفاء بديونه وان يلجأ الغرماء للقاضى الذى يحكم على المدين بأحكام التفليس ومنها الحجر ٠

وبالمقارنة بين المذاهب الأربعة بخصوص شروط الحجر يتضح لنا ما يأتى :

١ ـ أن المذاهب تتفق جميعا على شرط فى الحجر يتمثل فى ضرورة لجوء الغرماء للقاضى وطلبهم الحجر ٠

٢ ـ تختلف المذاهب فيما بينها بخصوص ما اذا كان افلاس المدين من مقتضى الحجر ٠ وفى هذا نرى الحنابلة والمالكية يتفقون على أن الافلاس من شروط الحجر ٠ أما الحنفية ، فان هناك رأيا عبرت عنه المادة (٩٩٨) من مجلة الأحكام العدلية لا يستلزم الافلاس للحجر الى جانب رأى آخر أشرنا اليه فى شرح هذه المجلة ويرى عدم جواز الحجر على المدين ما لم يكن مفلسا ٠٠ أما الشافعية ، فنجدهم فى هذا الخصوص يخالفون الجمهور فى قولهم بالحجر على المدين الممتنع عن وفاء ديونه ولو كان ماله زائدا ٠

الفرع الثالث

آثار الحجر

١٣٦ ـ عند الحنفية :

يترتب على الحجر أولا منع المدين من التصرف في أمواله ويظهر ذلك من نص المادة (٩٩٩) من مجلة الاحكام العدلية • ويلاحظ أن هذا الاثر مقصور ـ على حد قول المادة (١٠٠١) من المجلة المذكورة ـ على أموال المدين الموجودة وقت الحجر فقط • ومن ثم فان هذا الاثر لا يشمل أمواله التى تملكها بعد الحجر • هذا بخلاف الحجر للسفه فانه يؤثر فى المال الموجود وقت الحجر والحادث بعده • والفرق ان حجر المديون لحق الغرماء بماله وقت الحجر لا بما يحدث بعده لانه لم يكن موجودا(٨٣) •

يترتب على الحجر ثانيا بيع أموال المدين المفلس وقسمة الثمن الناتج بين الغرماء وذلك وفقا لما يقضى به حكم المادة (٩٩٩) من مجلة الاحكام العدلية •

وفى البيع يبدأ بما يخشى عليه التوى من عروضه ثم بما لا يخشى عليه ثم بالعقار • ولا يباع على المديون سكنه اذا كان لا يمكن أن يجترىء بما دونه وبه أفتى الحامدية (٨٤) • فالمديون لا يكلف أن يسكن بالاجرة •

ويترتب على الحجر ثالثا : أن ينفق على المحجور المفلس وعلى من لزمته نفقته فى مدة الحجر من ماله (مادة ١٠٠٠ من مجلة الاحكام العدلية) • وعلة ذلك ان حاجة المحجوز عليه مقدمة على الغرماء • ويراد بالنفقة ما يكفيه بدون تقتير فلا ينبغى للقاضى أن يضيق عليه فى نفقته قال فى الخانية المحبوس بالدين اذا كان يسرف فى اتخاذ الطعام يمنعه القاضى عن الاسراف ويقدر لـه المعروف والكفاف • وكذلك فى الثياب يقتصد فيها ويأمر بالوسط ولا يضيق عليه فى مأكوله ومشروبه وملبوسه (٨٥) •

---

(٨٣) شرح المجلة ، المشار اليه فيما سبق ، ص ٥٥٦ •

(٨٤) راجع الأستاذ سليم رستم ، شرح المجلة ، المشار اليه فيما سبق ، ص ٥٥٤ ـ ٥٥٥ •

(٨٥) راجع الأستاذ سليم رستم ، شرح المجلة ، المشار اليه فيما سبق ، ص ٥٥٦ •

١٣٧ ـ عند الحنابلة :

يترتب على الحجر وفى المقام الأول ، منع المالك من التصرف فى ماله وهذا ما قضت به المادة ١٤٥٧ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل • ويقتصر هذا الاثر على أموال المحجور عليه الموجودة وقت الحجر لانه بمجرد الحجر على المفلس يتعلق حق غرمائه بماله الموجود والحادث له بارث أو نحوه وهذا ما نصت عليه المادة (١٥١٢) من مجلة الاحكام الشرعية فى صدورها •

وفى المقام الثانى ، يلزم الحاكم ـ حسبما تقضى به المادة (١٥٣١) من مجلة الاحكام الشرعية ـ تقسيم ما كان من جنس الدين من مال المفلس وبيع ما ليس من جنسه بثمن المثل وتقسيمه ولا يشترط استئذان المفلس والغرماء فى ذلك ويستحب احضاره واحضارهم عند البيع (٨٦) •

ثالثا : يجب للمفلس ولعياله أدنى نفقة مثلهم من مأكل ومشرب وكسوة وتجهيز ميت بمعروف من ماله متى يقسم • ويجب أن يترك له ما يحتاجه من مسكن وخادم وآلة وحرفة أو ما يتجر به ان كان تاجرا (مادة ١٥٣٢) من مجلة الاحكام الشرعية •

رابعا : من وجد عين ماله لدى المحجور عليه لفلس فهو أحق به • فلو وجد عين ما كان باعه مثلا فله استرجاعها (مادة ١٥١٩ من مجلة الاحكام الشرعية) • ولكن يتم الاسترجاع بشروط تضمنتها المواد ١٥٢٠ ـ ١٥٣٠ من المجلة المذكورة •

خامسا : لا يحل أجل الدين المؤجل بتفليس المدين (مادة ١٥٠٥ ، ١٥٣٧ من مجلة الاحكام الشرعية) •

---

(٨٦) ومن تطبيقات ذلك فى المملكة العربية السعودية • راجع تعميم سماحة رئيس القضاة رقم ٦٨ وتاريخ ١٣٩٣/٣/٧ وموضوعه يتلخص فى انه « اذا حجر الحاكم على مفلس جاز بيع ماله وقسمت على غرمائه دون حضوره ولكن يحسن وكيل عنه فى ذلك » منشور فى مجموعة الانظمة واللوائح والتعليمات التى تصدرها وزارة العدل الطبعة الاولى ١٣٩٦ : فهرس أهم التعاميم الصادرة بتوقيع سماحة رئيس القضاة والموجودة بادارة الوثائق والبحوث ، ص ١٥٨ •

« ١ ـ راعت الشريعة الاسلامية مصالح الغرماء جميعا : فاجازت الحجر على موجودات المدين الثابتة والمنقولة لسداد ديونه سوى ما تدعو اليه حالته الضرورية • اذا تم بيع هذه الموجودات فان قيمتها توزع على الغرماء على قدر استحقاقاتهم اذا كانت هذه الموجودات غير مرهونة صحيحا ••• » •

المرجع السابق ، ص ١٢٠ •

١٣٨ - اما الشافعيــة :

فتتلخص آثار الحجـر لديهم فيما يلى :

اولا : يباع حال المحجور عليه ويقسم ثمنه بين الغرماء محاصة فقـد جاء فى المهـذب للشيرازى « وان ركبته الديون ورفعه الغرماء الى الحاكم وسألوه ان يحجـر عليه ... فان كان ماله لا يفى بالديون حجر عليه وباع ماله عليه ..»(٨٧)

ثانيا : استرداد من باع عينا من المحجور عليه قبل الافلاس ولم يقبض الثمن . فقـد جاء فى المهذب للشيرازى « وان كان فى الغرماء من باع منه شيئا قبل الافلاس ولم يأخذ من ثمنه شيئا ووجـد عين ماله على صفته ولم يتعلق به حق غيره فهو بالخيار بين ان يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ البيع ويرجـع فى عين ماله »(٨٨) .

أما عن منع المحجور عليه من التصرف فى ماله فهى مسألة خلافيه فى فقـه الشافعيـة .

١٣٩ - ولدى المـالكية يتلخص الحجر فيما يأتى :

اولا : لا ينفـذ شىء من تصرفاته بعـد التفليس سواء كان بعوض أو بغير عـوض .

ثانيا : يقسم ماله على الغرماء بعـد ان يترك له كسوته وما يأكله أياما هو وأهله . واختلف هل تترك كسوة زوجته وهل يباع عليه كتب العلم ثم يجتمع كل ما وجـد لـه من أصول وعروض وغير ذلك وتباع الاصول والعروض ويقسم المجموع على الغرماء وان كان ماله لا يقوم بالديون قسم قسمة المحاصة والعمل فى المحاصة أن ينظر نسبة ماله من جميع الديون ويعطى كل واحد من الغـرماء بتلك النسبة من دينـه .

ثالثا : من باع سلعة ثم أفلس المشترى أو مات قبل آداء الثمن فله أحوال منها : يكون البائع أحق بسلعته فى فلس المشترى وموته وذلك اذا كانت السلعة

---

(٨٧) المهـذب ، للشيرازى ، ج ١ ، ص ٣٢٠ - ٣٢١ ، اشرنا اليـه فيما سبق وقلنـاه نقـلا عن السنهورى ، مصادر الحـق فى الفقـه الاسـلامى .

(٨٨) المهـذب ، للشيرازى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الأول ، ص ٣٢٩ .

(٨٩) راجع فى هذه الآثار : بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثانى ، ص ٢٤٠ - ٢٤١ .

باقيـة بيـد البائع • ومنها أيضا أن البائع أحق بالسلعة فى فلس المشترى دون موته اذا كانت السلعة باقية بيـد المشترى ومنها ايضا أن يكون البائع سـواء مع سائر الغرماء فى الموت والفلس اذا كانت السلعة قـد تلفت أو ذهبت •

رابعا : أن تحل عليه الديون المؤجـلة •

١٤٠ ـ مقارنة بين الحجر فى الفقـه الاسلامى والاعسار المدنى فى القانون :

١ ـ مر بنا أن الاعسار المدنى فى القانون قوامه أن تزيد ديون المدين الحالة على أمواله حيث يطلب الدائنون من القاضى الحكم بشهر الاعسار •

ولا يختلف القانون فى ذلك عن الفقـه الاسلامى فى مجموعه حيث يحجـر على المدين من قبل الحاكم بناء على طلب الغرماء • ولا يختلف فى ذلك الا الشافعية وقـد أجاز بعضهم الحجر على المدين الممتنع عن دفع ديونه ولو كان ماله زائدا كمـا ذكرنا من قبل •

٢ ـ وعن شهر الاعسار فى القانون ، فانه يستجيب لمـا ذهب اليه الحنابلة فى المـادة ١٥١٠ من مجلة الاحكام الشرعية من ضرورة اعلان الحجر على المفلس والاشهار عليه •

٣ ـ يتفق القانون مع الفقـه الاسلامى ، فيما يترتب على شهر الاعسار والحجـر من عـدم سريان تصرفات المدين فى حق الدائنين ، وما يرتبط بذلك من مساواة بينهم • فالحجر اجراء عام بالنسبة للتصرفات الضارة عموما شأنه فى ذلك شأن الاعسار •

٤ ـ يتفق الحجر مع الاعسار فى أن كليهما يسبق التصرف (٩٠)

٥ ـ يبقى القانون ، وقـد اجاز أن يطلب المدين شهر اعسار نفسه ، مخالفا للفقه الاسلامى ، اذ نصت المـادة ١٥٠٩ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام أحمـد بن حنبل على أنه « .... ولا يحجر عليه (المفلس) دون طلب أحد من الغرماء ، كما لا يحجر عليه بطلبـه بنفسه » • ونذكر فى هذا المقام بما قاله الاستاذ سليم رستم فى شرح مجلة الاحكام العدلية ، وأوردناه من قبل اذ قال : ان الاشهار أى اعلان الحجر ليس بشرط لصحته وانما يفعله القاضى خوفا من الجحود •

---

(٩٠) راجـع ، محمد زكى عبد البر ، المرجع السابق ، ص ١٤٤٧ •

الباب الثانى

أوصــاف الالتزام

Modalités des Obligations

١٤١ – تمهيد وتقسيم :

ذكرنا من قبل أن دراستنا لاحكام الالتزام سوف تشمل دراسة الالتزام فى حياته • فبعد أن يولد الالتزام بنشوئه من مصدره صحيحا تترتب أثاره • وقد عرضنا لهـذه الآثار • والاصل فى ذلك ، أى فى انتاج الالتزام لآثاره ، أن يكون بسيطا ومنجزا • على معنى أن يكون عبارة عن رابطة بين دائن واحد ومدين واحد وأن يكون واجب التنفيذ فور نشوئه • الا أن ثمة أوصافا قد تلحق بهذا الالتزام أثناء حياته فتعدل ما فى أصله من بساطة وتنجيز • وهذه الاوصاف اما ان تتعلق بوجود الالتزام أو نفاذه واما ان ترد على محله أو تتعلق بأطرافه •

وما يتعلق بوجود الالتزام أو نفاذه يسمى الشرط والأجل ، أما ما يرد على محل الالتزام فانه يجعل الالتزام بدليا أو تخييريا ، اما ما يتعـــلق من الأوصاف بأطراف الالتزام فيتمثل فى تعددهم يطلق عليه التضامن وعدم قابلية الالتزام للانقسام ونخصص لكل منها فصلا على النحو التالى :

الفصل الاول : فى الشرط والاجل •

الفصل الثانى : فى الالتزام البـدلى والتخييرى •

الفصل الثالث : فى التضامن وعدم القابلية للانقسام •

الفصــل الأول
الشرط والأجــل

١٤٢ – تقسيم

يمكن أن يلحق الالتزام وصفا يترتب عليه وجود الالتزام او زواله أو نفاذه وقد يتمثل فى الشرط أو الاجل ونتكلم أولا عن الشرط ثم عن الاجل ونخصص لــكل منهما مبحثــا :

المبحث الأول
الشرط
La Condition

١٤٣ – نتنــاول الشرط فى دراستنا فى عــدة نقاط :

١ – تعــريف الشرط وانواعــه ٠
٢ – ما يجب توافــره فى الشرط ٠
٣ – آثـــار الشرط ٠
٤ – الشرط فى الفقــه الاسلامى ٠

ونخصص لــكل منها مطلبا :

المطلب الأول
تعريف الشرط وانواعــه

١٤٤ – تعــريف الشرط :

الشرط هو أمــر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب عليه وجود الالتزام او زواله (مادة ٣٢٣ مدنى كويتى – مادة ٢٦٥ مدنى مصرى) ٠

مثال ذلك لو قال شخص لآخر ابيعك هــذا الشىء لو نجحت فى الامتحان ٠ فالنجاح فى الامتحان وهو امــر مستقبل وغير محقق الوقوع يعــد شرطا للالتزام بالبيع ٠ وعلى ذلك فاذا كان الامر المستقبل محقق الوقوع خرجنا من نطاق الشرط ليكون الالتزام مضافا الى محل ٠ فلو قال شخص لآخر أبيعك هذا الشىء فى أول ربيع الثانى ٠ فباعتبار أن هذا التاريخ أمــر مستقبل محقق الوقوع كان الالتزام بالبيع مضافا الى أجل وليس معلقا على شرط ٠

١٤٥ ـ الشرط نوعان (١) :

الاول ـ الشرط الواقف : Condition suspensive

ويكون أمرا مستقبلا غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه نشوء الالتزام ٠

فوجود الالتزام يتوقف على تحققه ٠ كما لو تعهد شخص لولده بأن يهبه مالا معينا اذا نجح في الامتحان أو اذا تزوج ٠ فالنجاح أو الزواج كلاهما شرط يتوقف على تحققه وجـود التزام الأب ٠٠

الثانى : الشرط الفاسخ : Condition Resolutoire

وهو امر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على تحققه زوال الالتزام ٠

كما لو أوصى رجل لامرأته بمال معين اذا لم يتزوج بعد وفاته وانقطعت لتربية أولادها الا انها تزوجت بعد وفاته ٠

١٤٦ ـ تمييز الشرط عما يختلط به :

وفى ضوء ما سبق يمكننا أن نميز الشرط بمعناه الصحيح على النحـو المتقدم وما يختلط به هذه ألتمييز يمكن أن يتم فى ضوء حقيقتين : الاولى ٠ ومؤداها أن المصدر الوحيد للشرط يجب أن يكون اراديا ٠ فلا يجد الشرط بالمعنى السابق مصدره فى حكم قضائى أو نص قانونى ٠ أما الثانية فاننا نركز من خلالها على أن الشرط على المعنى سالف الذكر هو أمر عرضى اى خارج عن أركان الالتزام ولا يدخل فى تكوينه ٠ ومن ثم يتصور الالتزام بدونه ٠ اذ الشرط وصف يلحق التزاما اكتملت له عناصر تكوينه ٠ وعلى ذلك يمكننا القول بأنه يستحيل أن ننظر الى عنصر فى تكوين الالتزام على أنه شرط ٠

فى ضوء الحقيقتين السابقتين ، يجب عـدم الخلط بين الشرط باعتبار، وصفا للالتزام من جهة وبين ما يطلق عليه فى الفقه شروط ينبغى توافرها لترتيب آثار قانونية معينـة من جهة خرى ٠ مثل اشتراط الاهليه وسلامة الارادة من العيوب باعتبارها من شروط صحة العقـد ٠ فهذه الشروط مصدرها القانون بخلاف الشرط باعتباره وصفا فى الالتزام كما ذكرت منذ قليل ٠ كذلك فهذه الشروط تدخل ضمن تكوين العقـد وليست أمرا عارضا أو خارجيا بخلاف الشرط كوصف فى الالتزام ٠

اضافة الى ما تقـدم وفى ضوئه أيضا يتعين التفرقة بين الشرط وهو وصف فى الالتزام على المعنى الذى ذكرناه من جهة وبنود العقـد التى نسميها شروطا من جهة اخرى ٠ كما لو اتفق المؤجر والمستأجر فى بنـد فى عقد الايجار على امور تخص صيانة العين المؤجرة ٠ صحيح أنها قـد تتفق مع الشرط كوصف فى الالتزام فى أنها تنشأ عن مصـدر ارادى هـو الاتفاق ٠٠ ولكن يلاحظ أن الشرط كبند فى العقـد لا يترتب على تحققـه نشوء الالتزام أو زواله ٠

---

(١) MAZEAUD : op. cit., p. 972, n. 1027.
SAVATIER : op. cit., p. 220, n. 176.

المطلب الثانى

ما يجب توافره فى الشرط

١٤٧ - يجب ان يكون الشرط امرا مستقبلا وغير محقق الوقوع ممكنا ومشروعا اى لا يخالف النظام العام والآداب . ويتعين فوق ذلك الا يكون مناط تحققه ارادة المدين وحدها (٢) ونفصل ما اجملنا :

١٤٨ - يجب أن يكون الشرط امرا مستقبلا :

نصت على ذلك المادة ٣٢٣ مدنى كويتى (مادة ٢٦٥ مدنى مصرى) وتأسيسا على ذلك ، فاذا كان الوصف الذى لحق الالتزام أمرا تحقق فى الماضى كان الالتزام منجزا . وبعبارة أخرى ، لو علق الالتزام على امر وقع قبل التطبيق خرج الامر عن نطاق الشرط كوصف فى الالتزام . فلو التزم شخص بأن يهب ولده مالا حال نجاحه واتضح أنه قد نجح قبل أن يلتزم الوالد ، كان الالتزام الاخير منجزا فى نشأته .

١٤٩ - يجب ان يكون الشرط امرا غير محقق الوقوع :

وقد نصت على ذلك ايضا المادة ٣٢٣ مدنى كويتى (مادة ٢٦٥ مدنى مصرى) وفى ضوئها يمكن القول بأنه اذا لحق الالتزام أمرا مستقبلا باعتباره وصفا فيه ، فانه يخرج عن نطاق الشرط اذا كان محقق الوقوع ويصبح الامر فى نطاق الاجل .

١٥٠ - الامكان :

يجب فى الامر المستقبل غير محقق الوقوع أن يكون ممكنا فى ذاته (مادة ٣٢٤ مدنى كويتى - مادة ٢٢٦ مدنى مصرى) . ويكون الشرط غير ممكن اذا كان امرا مستحيل الوقوع . والاستحالة المقصودة هى الاستحالة المطلقة .

ويختلف اثر الامر المستحيل تبعا لنوع الشرط . فاذا كان الشرط واقفا فان الالتزام لا ينشأ فى أى وقت . اذ كيف ينشأ وهذا النشوء معلق على امر يستحيل وقوعه ؟ أما اذا كان الشرط فاسخا فان الالتزام لا يزول ويبقى قائما ويعتبر الشرط غير قائم .

ويلاحظ أنه اذا كان الأمر المستقبل غير محقق الوقوع أمرا يستحيل وقوعه نسبيا،فان نسبية الاستحالة لاتعيب الالتزام اذا غلب على الفكر امكان وقوعها(٣)

---

(٢) SAVATIER : op. cit , n. p. 232-233.

(٣) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ص ١٨٤ .

١٥١ ـ ٤ ـ المشروعية :

عبرت المـادة ٣٢٥ مدنى كويتى (مادة ٢٦٦ مدنى مصرى) عن المشروعية بقولها أن الامر المستقبل غير المحقق الوقوع يجب الا يخالف النظام العام والآداب والا كان غير مشروع ٠

ويختلف أثر عـدم المشروعية تبعا لنوع الشرط ٠ فاذا كان الشرط واقفا : فان الالتزام لا يقوم أو يعـد معدوما ٠ اذ يبطل لعـدم المشروعية ٠ أما اذا كان الشرط فاسخا : هناك احتمالان :

الاول : الا يكون المستقبل غير المحقق الوقوع ـ والذى علق عليـه الالتزام باعتباره شرطا ـ هو السبب الدافع الى الالتزام ٠ وفى هـذه الحالة يبقى الالتزام ولا يزول ويعتبر الشرط غير قائم ٠

الثانى : أن يكون هذا الأمر المستقبل غير المحقق الوقوع هو السبب الدافع الى الالتزام فى هـذه الحالة يكون الشرط عنصرا جوهريا فى الالتزام فيبطل الشرط والالتزام ٠

١٥٢ ـ الا تكون ارادة المدين وحدها مناط تحقق الشرط اذا كان واقفا :

ومعنى ذلك أنه اذا جاء الشرط ـ وفحـواه على ما ذكرنا أمرا مستقبلا غير محقق الوقـوع ـ على أساس ان المدين يلتزم اذا شاء أو ان وجـد ذلك مناسبا له كان شرطا باطـلا لا يولـد معـه الالتزام ٠ فالقاعـدة اذن ان الالتزام لا يقـوم اذا اقترن بشرط يتعلق بمحض ارادة الملتزم وكان الشرط واقفـــا ٠

وخلاصة ذلك بعبارة أخرى أنه يجب فى الشرط الواقف الذى علق عليـه الالتزام الا يكون شرطا اراديا محضا من جانب المدين ٠

وبمفهوم المخالفـة لحكم النص السابق ، فان الشرط يكون صـــحيحا ولو تعلق بارادة المدين اذا كان فاسخا ، لان الالتزام قـد وجـد صحيحا وتلما وتنطلق ارادة المدين بشأن الابقـاء عليه أو فسخه بخـلاف ما اذا كان الشرط واقفا ويتعلق بمحض ارادة الملتزم ٠ فمن شأن الشرط أن يجعل عقـدة الالتزام مخطة منذ البـداية(٤) ٠

وغنى عن البيان أن الشرط يكون صحيحا بصـفة عامة ولو تعلق بارادة الدائن سـواء كان شرطا فاسخا أم واقفا ٠

---

(٤) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، الموقع السابق ٠

١٥٣ - وفى هذا الصدد ، يفرق الفقه الفرنسى بين أنواع ثلاثة من الشروط(٥) :

الأول : الشرط الاحتمالى : Condition Casuelle

وعلى حد قول المادة ١١٦٩ من القانون المدنى الفرنسى فهو شرط يعتمد فى حدوثه على المصادفة ولا علاقة له بالمدين أو الدائن • كما لو التزم شخص بنقل آخر اذا كان الطقس حسنا ويسمح بذلك • وهو شرط صحيح • مثال ذلك أيضا أن يلتزم شخص بأن يهب مالا لآخر اذا وضعت له زوجته طفلا من الذكور •

الثانى : الشرط الارادى : Condition Potestative

هو الذى يتوقف تحققه على ارادة أحد المتعاقدين الدائن او المدين وذلك على حد قول المادة ١١٧ مدنى فرنسى • ويتخذ صوره من اثنتين له •

فاما ان يكون شرطا اراديا بسيطا Condition simplement potestative

وهو شرط لا يتوقف على ارادة أحد الطرفين فقط بل يتوقف أيضا على أمر لا سلطان لأيهما عليه • كما لو التزم شخص بتاجير منزله لو نقل الى بلد آخر • وهو شرط صحيح • مثال ذلك أيضا ان يلتزم شخص بأن يهب مالا لآخر اذا تزوج • فالزواج شرط ارادى يتعلق بارادة الدائن أو المدين فوق أنه يتعلق بظروف لا سلطان لايهما عليها •

او يكون شرطا اراديا محضا : Condition purement potestative

ويمكن أن يكون مرهونا فى تحققه بارادة المدين وحدها • كما لو التزم شخص ببيع شىء يملكه اذا اراد • وهذا الشرط باطل • كما يمكن أن يكون مرهونا بارادة الدائن • كما لو قال شخص لآخر اعطيك هذا المال على سبيل الهبة اذا أردت أنت وهو شرط صحيح •

الثالث : الشرط المختلط : Condition mixte

وقد عرفته المادة ١١٧١ من القانون المدنى الفرنسى بأنه شرط يعتمد فى وقوعه على ارادة احد المتعاقدين وأرادة الغير فى وقت واحد كما لو اشترط على أحد العاقدين التزوج بفتاة معينه وهو شرط صحيح •

---

(٥) راجع فى هذا التقسيم

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 747, p. 359.

SAVATIER : op. cit., n. 178, p. 232.

المطلب الثالث

آثار الشرط

١٥٤ ـ تقسيم :

في بحث آثار الشرط ، نتناول هذه الآثار في مرحلتين بالنسبة لنوعي الشرط :

المرحلة الأولى :

ونبحث فيها آثار الشرط في فترة التعليق ونعنى بها الفترة التي لم يتحدد فيها مصير الشرط بعد ، فلم يظهر أنه قد تحقق أو تخلف ، ونفرق بشأنها بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ .

المرحلة الثانية :

ونبحث فيها آثار الشرط بعد انتهاء فترة التعليق وهي الفترة التي يتبين فيها مصير الشرط محددا ما بتحققه أو تخلفه . ونفرق بشأنها أيضا بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ .

ويلاحظ أن هذه الآثار تخضع لقاعدة الأثر الرجعي للشرط .

ونبحث الآثار في المرحلة الأولى والثانية ثم نتناول فكرة الأثر الرجعي للشرط .. كل ذلك في فروع ثلاثة :

الفرع الأول

آثار الشرط فى فترة التعليق

١٥٥ ـ اولا : آثار الشرط الواقف :

باعتبار الشرط الواقف أمرا مستقبلا غير محقق الوقوع يترتب على تحققه وجود الالتزام فانه ما دام الشرط ـ بهذا المعنى ـ فى فترة التعليق أي لم يتحدد مصيره تحققا أو تخلفا فان الالتزام الذى علق عليه لا يكون موجودا بيقين وانما لا يعدو فى وجوده أن يكون محتملا • ويقابل ذلك أيضا حق الدائن الذى يكون محتملا أيضا • اذ توجد علاقة قانونية فى هذه الفترة بين الدائنين والمدين بالالتزام الشرطى فلا يعتبر أيهما من الغير بالنسبة للآخر(٦) •

وخلاصة ذلك انه فى فترة تعليق الشرط الواقف يكون التزام المدين وحق الدائن فى نطاق الوجود الاحتمالى • ويترتب على ذلك عدة نتائج بالنسبة للمدين والدائن •

بالنسبة للمدين :

١ ـ لا يجوز للدائن أن يباشر اجراءات التنفيذ ضد المدين لان التزامه غير مؤكد فى وجوده وانما محتمل وبالتالى لا يكون نافذا •

٢ ـ ليس للدائن أن يطعن فى تصرفات مدينه بالدعوى البولصيه • لان مجالها الحقيقي يتحدد بتصرفات نافذة فيكون استخدام الدعوى من قبل الدائن لوقف نفاذها • والتزام المدين غير نافذ • وبعبارة أخرى فان امتناع الطعن بالدعوى البولصيه مبناه أن حق الدائن غير مستحق الأداء •

٣ ـ اذا قام المدين بالوفاء بالالتزام ـ ووجوده محتمل ـ كان له أن يسترد ما وفاه باعتباره وفاء بغير مستحق(٧) •

---

(٦) راجع MAZEAUD : op. cit., p. 973, n. 1031

(٧) راجع MAZEAUD : op. cit., p. 973, n. 1030

بالنسبة للدائن[٨] :

١ ـ اذا كان من غير الجائز للدائن أن يباشر اجراءات التنفيذ ضد المدين ، فيجوز له أن يتخذ ما يلزم من الاجراءات التحفظية ما هو كفيل بالمحافظة على حقه (مادة ٣٢٦ مدنى كويتى ـ مادة ٢٦٨ مدنى مصرى) • مثال ذلك قيد الرهن أو تجديده •

٢ ـ ما دام أن حق الدائن احتمالى ولم يتأكد وجوده بعد فانه لا يتصور الحديث عن بدء سريان التقادم الزمنى بالنسبة له •

٣ ـ يستطيع الدائن حال حياته أن يحول حقه هذا للغير كما ينتقل بوفاته الى الورثة •

٤ ـ يكون المدين ملتزما تجاه الدائن باحترام حقه • وعلى ذلك يكون مسئولا عن كل ما من شأنه أن يحول بطريقة الغش دون تحقق الشرط[٩] وقد نصت على ذلك المادة ١١٧٨ من القانون المدنى الفرنسى •

١٥٦ ـ ثانيا : آثار الشرط الفاسخ :

ـ كان الشرط الذى علق عليه الالتزام فاسخا كما لو اتفق بائع ومشترى الحصان على انهاء البيع اذا لم يكسب الحصان جائزة سباق معين • يكون الالتزام موجودا فى فترة التعليق أى قبل ثبوت تحقق الشرط (كسب الجائزة فى السباق) أو تخلفه • ومن ثم يجب على المدين أن يقوم بتنفيذه والا كان للدائن أن يتخذ ما يلزم من اجراءات التنفيذ لاجباره عليه • مثال ذلك الطعن فى تصرفات المدين بالدعوى البولصية وتوقيع الحجز •

---

(٨) راجع النتائج بالنسبة للدائن :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., 754, p. 763-764.

(٩) MAZEAUD : op, cit., n. 1033, p. 974.

الفرع الثانى

آثار الشرط بعد انتهاء فترة التعليق

١٥٧ ـ نقصد بانتهاء فترة التطيق تلك الفترة التى يبين فيها مصير الشرط محددا اما بتحققه او تخلفه • فالتعليق ينتهى وفقا لما ذكرنا اما بتحقق الشرط اى بوقوع الأمر الذى كان مستقبلا وغير محقق الوقوع • واما بتخلف الشرط اى بظهور عدم امكان حدوث الأمر المستقبل غير المحقق الوقوع • وينتهى التعليق بهذه الكيفية بالنسبة للشرط الواقف والفاسخ • ترى ما هى الآثار المترتبة على ذلك ؟

١٥٨ ـ اولا : آثار انتهاء التعليق بالنسبة للشرط الواقف :

اذا انتهى تعليق الشرط الواقف بتحققه ، تاكد التزام المدين فى وجوده بعد ان كان محتملا وكذا حق الدائن • ومؤدى ذلك ببساطه وجوب التنفيذ على عاتق المدين هذا من ناحية وامكان قيام الدائن باجباره عليه من ناحية اخرى • وقد نصت على هذا الحكم المادة ١/٣٢٦ مدنى كويتى بقولها « لا يقوم الالتزام المعلق على شرط واقف الا اذا تحقق الشرط » • (راجع المادة ٢٦٨ مدنى مصرى) •

ويمكن القول اجمالا بانه فى حالة تحقق الشرط الواقف تترتب بالنسبة للدائن والمدين عكس ما يترتب من نتائج بالنسبة لهما فى فترة تعليق الشرط الواقف على نحو ما ذكرنا من قبل •

اما اذا انتهى تعليق الشرط الواقف بتخلفه ، فان الأثر الجوهرى المترتب على ذلك يتمثل فى ان الالتزام المعلق عليه يعتبر وكان لم ينشأ فى اى وقت • ويستتبع ذلك ـ وبالضرورة ـ انتهاء كل ما اتخذه الدائن من اجراءات استنادا الى الوجود الاحتمالى لحقه وتزول معها آثارها • ونقصد بطبيعة الحال الاجراءات التحفظية التى اتخذها قبل انتهاء التعليق •

ويلاحظ ان هذه الآثار السابقة تترتب كلها بأثر رجعى من وقت انعقاد التصرف وليس من وقت تحقق الشرط او تخلفه •

١٥٩ ـ ثانيا : آثار انتهاء التعليق بالنسبة للشرط الفاسخ :

اذا انتهى التعليق بتحقق الشرط الفاسخ ، فان التزام المدين الذى كان موجودا ومؤكدا فى فترة التعليق يزول • ونصت على هذا الحكم المادة ١/٣٢٧ من القانون المدنى الكويتى • (مادة ٢٦٩ مدنى مصرى) • ويستتبع ذلك أيضا زوال حق الدائن الذى يلتزم بأن يرد للمدين ما حصل عليه منه على سبيل الوفاء •

اما اذا انتهى التعليق بتخلف الشرط الفاسخ ، تأكد التزام المدين ويستمر فى نفاذه بعد أن كان مهددا بالزوال قبل انتهاء التعليق • ويستتبع ذلك ان يستقر أيضا حق الدائن وما كان قد اتخذه من اجراءات وما قام به من تصرفات بشأنه •

ويلاحظ ان هذه الآثار السابقة تترتب كلها بأثر رجعى من وقت انعقاد التصرف وليس من وقت تحقق الشرط او تخلفه • ويستثنى من الأثر الرجعى فى حالة انتهاء تعليق الشرط الفاسخ بتحققه ما قام به الدائن من اعمال الادارة وبحسن نية قبل انتهاء التعليق • اذ تبقى نافذة رغم زوال حق الدائن (مادة ٢/٣٢٧ مدنى كويتى – مادة ٢/٢٦٩ مدنى مصرى) • فلو كان التزام البائع معلقا على شرط فاسخ وقام المشترى اثناء التعليق وقبل أن ينتهى بتأجير الشىء ثم تحدد مصير الشرط بتحققه ، فانه ، وعلى الرغم من أن ملكية هذا الشىء تعود للبائع ، يبقى نافذا فى حقه باعتباره من أعمال الادارة •

الفرع الثالث

فكرة الأثر الرجعي للشرط

١٦٠ ـ مضمون الأثر الرجعي للشرط :

ضمن المشرع المدنى الكويتى هـذه الفكرة فى المـادة ٣٢٨ (م. ٢٧٠ مدنى مصرى) حين قال :

« ١ ـ اذا تحقق الشرط ، واقفا كان أو فاسخا ، استند أثره الى الوقت الذى تم فيه العقـد ، الا اذا تبين من ارادة المتعاقـدين أو من طبيعة العقـد أن وجـود الالتزام أو زواله يكون فى الوقت الذى تحقق فيـه الشرط •

٢ ـ ومع ذلك لا يكـون للشرط أثر رجعى اذا أصـبح محل الالتزام قبـل تحقق الشرط مستحيلا لسبب أجنبى لايد للمـدين فيه » •

وقد نص المشرع المـدنى الفرنسى على مبـدأ الأثر الرجعى للشـــرط فى المـادة ١١٧٩[١٠] •

وفحـوى فكرة الأثر الرجعى للشرط Retroactvite de la condition

يتمثل فى أنه اذا تحقق الشرط أو تخلف ، واقفا كان الشرط أو فاسخا فان أثره يستند الى المـاضى أى الى وقت انعقـاد التصرف •

فلو علق البائع التزامه بنقـل ملكية المبيع على شرط واقف مؤداه سداد المشترى كامل أقساط الثمن وقام المشترى بالسداد تحقق الشرط وانتقلت الملكية الى المشترى ليس من وقت تحقق هـذا الشرط الواقف بالسداد ولكن من وقت ابرام عقـد البيع •

١٦١ ـ استثناءات على الأثر الرجعى للشرط :

هناك حالات ثلاث ، استثناها النص السابق من الأثر الرجعى للشرط •

---

(١٠) راجـع SAVATIER : op, cit., n. 777, p. 231-232

الحالة الأولى :

وفيها أجاز المشرع للمتعاقدين استبعاد الأثر الرجعي للشرط بالاتفاق على ذلك ، بأن يتفق الطرفان على أن الالتزام يترتب او يزول من وقت تحقق الشرط وليس من وقت انعقاد العقد • فالأثر الرجعي للشرط لا يتعلق بالنظام العام[11] •

الحالة الثانية :

قد يستبعد الأثر الرجعي للشرط لان وجوده يتنافى مع طبيعة العقد • كما لو كان عقدا زمنيا • فاذا استخدم صاحب عمل عاملا وعلق استخدامه على شرط واقف فان التزامه باستخدام هذا العامل لا يكون نافذا الا من تاريخ تحقق الشرط ولا يتصور أن يعتبر هذا الالتزام موجودا من ابرام عقد العمل[12] •

الحالة الثالثة :

لا يكون للشرط أثر رجعي اذا أصبح محل الالتزام قبل تحقق الشرط مستحيلا لسبب اجنبي لا يد للمدين فيه • فاذا كان الشرط وقفا وهلك محل العقد قبل تحقق الشرط بسبب لا يد للمدين فيه ، فان تبعة الهلاك تقع بعد تحقق الشرط على المدين في العقود التبادلية وعلى الدائن في العقود الملزمة لجانب واحد • واذا كان الشرط فاسخا وهلك محل العقد قبل تحقق الشرط فان تبعة الهلاك تقع بعد تحقق الشرط على الدائن في العقود التبادلية وتقع على المدين في العقود الملزمة لجانب واحد[13] •

وتطبيقا لذلك فانه لو علق البائع التزامه على شرط فاسخ وسلم المبيع للمشترى ثم هلك الشيء في يده بسبب لا دخل له فيه • فاذا تحقق الشرط الفاسخ لا يكون له أثر رجعي ومن ثم يتحمل المشترى تبعة الهلاك اذ ان

---

(١١) راجع MARTY et RAYNAUD : op, cit., n. 758, p. 760
SAVATIER : op. cit., n. 117, p. 232

(١٢) راجع ، محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٣٣١ ، ص ٣٢٨ – ٣٢٩ •

(١٣) عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، ج ٢ رقم ٢١ ، ص ١٤ – ١٥ •
مع ملاحظة الاستثناء المتعلق بأعمال الادارة التي قام بها الدائن في نطاق آثار انتهاء تطبيق الشرط الفاسخ ، وقد عرضنا له من قبل •

الأثر الرجعي للشرط يقتضي أصـلا اعتبار البيع كان لم يكن • ومن ثم النظر الى البائع كما لو كان مالكا • واعمال الأثر الرجعي يؤدي بنا الى القـول بأنه يتحمل تبعـة الهـلاك • ولكن والنص المشار اليه مز قبـل قـد استبعد الأثر الرجعي للشرط ، فانه يكون قـد استثنى تبعـة الهـلاك منه • ويترتب على ذلك انه لا يجـوز للمشتري أن يسترد الثمن من البائع •

١٦٢ ـ الشرط في المشروع المصري لتقنين احكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المـالية :

أولا : تناولت المـادة ٢٥٠ من المشروع الشرط باعتباره وصفا معـدلا لآثار الالتزام وقالت : « يكون الالتزام معلقـا على شرط اذا كان وجـوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقـوع » • وهـذا النص المقترح من المشروع يطـابق المـادة ٢٦٥ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطابق المـادة ٣٢٣ من القانون المدني الكويتي •

ثانيا : وتنـاول المشروع مقـومات الشرط في نصين :

الأول : نص المـادة ٢٥١ ويجري على النحو التالي :

١ ـ يعتبر الالتزام غير قائم اذا علق على شرط مستحيل أو شرط مخالف للنظـام العام أو الآداب ، وكان هـذا الشرط واقفا • اما اذا كان الشرط فاسخا فان الشرط ذلته هـو الذي يعتبر غير قائم •

٢ ـ ومـع ذلك لا يقـوم الالتزام الذي عـلق على شرط فاسـخ مخالفا للنظـام العام أو للآداب ، اذا كان هـذا الشرط هـو السبب الدافـع الى الالتزام •

الثاني : نص المـادة ٢٥٢ ويجري على النحو التالي :

« لا يعتبر الالتزام قائمـا اذا علق على شرط واقف يجعل وجـود الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم » •

والنص الأول يطابق المـادة ٢٦٦ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطابق المـادة ٣٢٤ من القانون المدني الكويتي • وقـد عرضنا لهما من قبل •

أما النص الثانى ، فيطابق المادة ٣٦٧ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطابق المادة ٣٢٥ من القانون المدنى الكويتى · وعرضنا لهما فيما سبق ·

وتتطلب هذه النصوص جميعا فى الشرط ـ وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ـ أن يكون ممكنا ومشروعا والا يتعلق بمحض ارادة الملتزم اذا كان شرطا واقفا · وقد عرضنا لذلك تفصيلا من قبل ·

ثالثا : وفى آثار الشرط الواقف نصت المادة ٢٥٣ من المشروع على أنه « لا ينفذ الالتزام المعلق على شرط واقف الا اذا تحقق الشرط · على أنه لا يجوز للدائن ، قبل تحقق الشرط ، أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه » ·

وهذا النص المقترح من المشروع يقابل المادة ٢٦٨ من القانون المدنى المصرى الحالى · وقد عرضنا للنص الأخير فيما سبق ونحن نتناول آثار الشرط ·

وفى بيان الاختلاف بين النصين ، اقتصر المشروع على القول ـ تعليقا على النص المقترح ـ بأن كل ما طرأ عليه من تعديل هو لفظى · كما حذف من النص المقترح الاشارة الى عدم قابلية الالتزام للتنفيذ القهرى أو الاختيارى والتى يتضمنها النص الحالى سالف الذكر (٢٦٨) ·

ولنا أن نقول : ان النص المقترح من المشروع يتضمن تعديلا أساسيا فى حكم النص الحالى من القانون المدنى · اذ منع الدائن بالتزام معلق على شرط واقف من اتخاذ الاجراءات التحفظية وهو أمر يجيزه النص الحالى ·

وعلى اية حال ، فان ذلك النص المقترح من المشروع يقابل أيضا المادة ٣٢٦ من القانون المدنى الكويتى · ويسرى هنا أيضا ما قلناه بخصوص الاجراءات التحفظية للدائن بالتزام معلق على شرط واقف · فقد أجازها النص الكويتى ـ على غرار النص الحالى للقانون المدنى المصرى ـ بخلاف نص المشروع سالف الذكر ·

واذا كان من تطابق نتحدث عنه ، ويقوم بين النصوص السابقة ، فان محله الحكم الخاص بأثر الشرط الواقف قبل تحققه · اذ لا يكون نافذا ·
وفى آثار الشرط الفاسخ : نصت المادة ٢٥٤ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ يترتب على تحقيق الشرط الفاسخ زوال الالتزام • ويكون الدائن ملتزما برد ما اخـذه فاذا استحال الرد لسبب يرجـع اليـه وجـب عليـه التعـــويض •

٢ ـ على أن اعمـال الادارة التى تصــدر من الدائن تبقى نافـذة رغم تحقق الشرط » •

وهـذا النص المقترح من المشروع انمـا يطابق المـادة ٢٦٩ من القـانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطابق المـادة ٣٢٧ من القانون المدنى الكويتى مـع اختلاف بسيط فى الألفاظ • وقـد عرضنا فيما سبق للنصين الآخرين •

رابعا : وجاءت فكرة الأثر الرجعى فى المـادة ٢٥٥ من المشروع اذ قالت :

« ١ ـ اذا تحقق الشرط استند أثره الى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام الا اذا تبين من ارادة المتعاقـدين أو من طبيعة العقد أن وجـود الالتزام أو زواله انمـا يكون فى الوقت الذى تحقق فيـه الشرط •

٢ ـ ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعى اذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه » •

والنص يطابق المـادة ٢٧٠ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كمـا يطابق المـادة ٣٢٨ من القانون المدنى الكويتى وقـد عرضنا فيما ســبق للنصين الآخرين •

المطلب الرابع

الشرط فى الفقـه الاسلامى

١٦٣ ـ يتفق الفقـه الاسلامى على أن العقـد لا يوجـد فى الخارج الا اذا وجـد عاقـد وصيغة ، ايجاب وقبول ومحل يرد عليه ويظهر أثر العقد فيه ، وعلى الرغم من ذلك فقـد ثار فى هـذا الفقـه خـلاف حـول ما يعـد من هـذه الأمور ركنا فى العقـد · الحنفيه يحصرون أركان العقـد فى الايجاب والقبول · وغير الحنفيه يقـولون أن هـذه الأمور كلها أركان(١٤) ·

ومهما يكن من أمر مثل هـذا الخلاف ، فان صيغة العقـد فى الفقـه الاسلامى قـد تكون منجزة أو معلقـة ، وفى الأخيرة يكون العقـد معلقـا على شرط فما المقصود بالشرط فى الفقـه الاسلامى ، وما هى أنواعه ؟

١٦٤ ـ المقصود بالشرط فى الفقـه الاسلامى(١٥) :

يطلق الشرط عند الفقهاء ويراد به معنى من اثنين(١٦) :

المعنى الأول : التزام المتصرف فى تصرفه بأمر زائد عن أصـل التصرف سواء اكان الالتزام الزائد من مقتضى التصرف ام لا وسواء أكان فيه منفعـة للملتزم أو لغيره أم لا ٠٠ كما لو التزم البائع بشرط فى البيع يقضى بتسليم المبيـــــع ·

المعنى الثانى : وفيـه مقصودنا بالدراسة : الأمر الزائد عن ماهية الفعل وحقيقته الشرعية الذى يتوقف وجـود الفعل على وجـوده ، ويعـدم بعـدمه من غير تأثير لوجـوده فى وجـود ذلك الفعـل ·

والشرط بهـذا المعنى يسمى شرطا جعليا وتحته نوعان(١٧) :

---

(١٤) راجع ، الشيخ مصطفى شلبى ، المدخـل فى التعريف بالفقـه الاسلامى وقـواعد الملكية والعقود فيه ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٣٨٨ ، ١٩٦٩ ، ص ٤١٨ ·

(١٥) راجع فى هـذا بحثنا فى شرط المنع من التصرف بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضـــعى ·

(١٦) راجع : نظرية الشروط المقترنه بالعقـد فى الشريعة والقانون للشيخ زكى الدين شـعبان ، مشار اليه من قبـل ، ص ٢٩ ـ ٣٤ ·

١ ـ ما كان توقف المشروط فيه على وجـود الشرط بحكم الشارع ووضـعه لمـا فى ذلك الشرط من الملاءمة للفعل والكميل له ٠ كالطهارة وستر العـورة شرطين فى الصلاة ، وحـولان الحـول بالنسبة للزكاة ٠ فانه شرط لوجـوبها ٠

٢ ـ ما كان توقف المشروط فيه على وجـود الشرط بفعـل المكلف وجعله ٠ كما لو علق المكلف تصرفه على حصول أمر من الأمور المستقبله المحتملة الوقـوع بأداة من أدوات التعليق فى اللغـة ٠

وفى هـذا النـوع الثانى تنحصر دراستنا هنا للشرط فى الفقـه الاسلامى باعتباره وصـفا فى الالتزام ويرد على وجـوده ٠ وأطلق الفقهاء على هـذا النوع من الشرط الجعلى « شرطا معلقا » وسموا العقـد الذى يتضمنه « عقـدا معلقـا على شرط » ٠ ومثاله ان يقـول شخص اذا نجحت فى الامتحان تصـدقت بمبلغ كذا على الفقراء ٠

اما الشرط بمعناه الأول لدى الفقهاء (الأمر الزائد عن التصرف) فيسمى بالشرط المقيد ولا يدخـل فى دراستنا للشرط باعتباره وصـفا للالتزام(١٨) ٠

وما ينبغى أن يلاحظ هـو الفرق بين شرط التعليق وشرط التقييد وبعبارة أخرى يجب أن نفرق بين تعليق العقـد على شرط من جهة واقتران العقـد بشرط مقيد من جهـة أخرى ٠

فالعقد المعلق هـو ما رتب وجـوده على وجـود أمر آخر أما اقتران العقد بشرط مقيد فيعنى أن يزاد على العقـد شرط فيـه فائدة لأحـد المتعاقـدين أو غيرهمـا ٠

---

(١٧) راجع ٠ الشيخ زكى الدين شعبان ، المرجع السابق ، الموقـع السابق ٠ راجـع ايضا ، موسوعة الفقـه الاسلامى ، المجلس الأعلى للشئون الاسلامية ، ج ١١ ، مادة اشتراط ص ١٤٠ وما بعـدها ٠

راجع ايضا : الالتزامات فى الشرع الاسلامى ، الجزء الثانى من الأعمال الكاملة للمرحـوم احمد ابراهيم بك ، ١٣٦٣ هـ ، توزيع دار الانصار بالقاهرة ، ص ١٦٩ وما بعـدها ٠

(١٨) راجع فى الموضوع : موسوعة الفقه الاسلامى ، مشار اليها فيما سبق مجلة البحوث الاسلامية ، اللجنة الدائمـة للبحوث العلمية والافتاء ، المجلد الأول ، العدد الثانى ـ مشار اليهـا من قبـل ٠

١٦٥ ــ مقارنة بين الشرط فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى :

ذكرنا أن الشرط باعتباره وصفاً فى الالتزام يعنى فى الفقه القانونى أمرا مستقبلا غير محقق الوقوع ٠ وبهذا لا يختلف عن معناه فى الفقه الاسلامى على نحو ما ذكرنا بالنسبة للنوع الثانى من الشرط الجعلى ٠ ويؤكد ذلك ما ورد فى المادة ٣١٥ من مرشد الحيران من تعريف للشرط والتعليق وتنص على ان « الشرط هو التزام مستقبل فى أمر مستقبل بصيغة مخصوصه ٠ والتعليق هو ترتيب أمر مستقبل على حصول أمر مستقبل مع اقترانه بأداة من أدوات الشرط » ٠

ويؤكده ايضا ما جاء فى المادة ٣١٧ من مرشد الحيران وقد نصت على ان : « العقد المعلق هو ما كان معلقا بشرط غير كائن أو بحادثة مستقبلة ٠٠ » ٠

ويبين من النصين ان شرط التعليق وهو المقصود فى الفقه الاسلامى كوصف فى الالتزام هو عبارة عن أمر مستقبل غير محقق الوقوع ٠

اضافة الى ما تقدم ، فقد مر بنا ان الشرط باعتباره وصفا فى الالتزام فى الفقه القانونى ، يتنوع الى شرط واقف وشرط فاسخ ، ولا يختلف عن الفقه الاسلامى كثيرا فى ذلك ٠

اذ الشرط الواقف فى الفقه القانونى يطلق عليه فى الفقه الاسلامى « الشرط المعلق » وقالت عنه المادة ٣١٧ من مرشد الحيران فى عجزها ٠٠٠ « والمعلق يتأخر انعقاد مسببا الى وجود الشرط فعند وجوده ينعقد سببا مفضيا الى حكمه (١٩) ألا يتفق معه تعريف الشرط الواقف فى الفقه القانونى على نحو ما عرضنا له من قبل ؟

أما الشرط الفاسخ فى الفقه القانونى ، فلا يعرف بهذه التسمية فى الفقه الاسلامى ٠ اذ الشرط الفاسخ بمعناه فى الفقه القانونى فى بعض صور الشرط المقيد فى الفقه الاسلامى ٠ وهى الصور التى يترتب على تحقق الشرط فيها زوال الالتزام تلقائيا دون لجوء الى القاضى (٢٠)

---

(١٩) وهو نفس المعنى فى المادة ٨٢ من مجلة الاحكام العدلية ونصها كالاتى « المعلق بالشرط يجب ثبوته عند الشرط » ٠

(٢٠) وقريب منه ، ما نصت عليه المادة ٣٣٤ من مرشد الحيران « ينفسخ العقد المشروط فسخه بالخيار اذا فسخه من له الخيار قولا أو فعلا ٠٠٠ » وما نصت عليه ايضا المادة ٣٣٧ من مرشدالحيران ٠ « يتم العقد المشروط فيه الخيار ويلزم بمضى مدة الخيار بدون فسخ لا اجازة للعقد من شرط له الخيار » ٠ فالواضح من النصين ان استعمال من شرط له الخيار حقه فى الفسخ او عدمه يترتب عليه اما فسخ العقد وزوال الالتزام فى حالة استعماله او تاكيد العقد فى غير ذلك ٠ اليس فى ذلك معنى الشرط الفاسخ فى القانون ؟

مثال ذلك لو شرط الواهب على الموهوب له لا يبيع العين الموهوبة فاذا خالف الاخير الشرط زالت الهبة عند الامامية • وكما لو باع شخص لاخـــر شيئا على أنه ان لم ينفـذ الثمن فى مدة ثلاثة أيام منه فلا بيع بينهما فان تأخر المشترى عن دفـع الثمن فى المـدة المتفق عليها يترتب عليه زوال البيع عند الحنفية دون حاجـة لحكم قضائى(٢١) •

ويهمنا هنا أن نشير الى موقف الفقه الاسلامي من الشرط المعلق • فقد نصت المـادة ٢٥٤ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل على ما يأتى : « المبيع المعلق على شرط لا يصح • فلو قال بعت هـذا أو اشتريته بكذا ان رضى فلان أو ان قدم ••• لم ينعقد • لكن لو قال ان شـــــاء الله صـــح ••• » •

وعما يجب توافره فى الشرط باعتباره وصـــفا فى الالتزام فلا يختلف فيه الفقه القانونى عما هو مقرر فى الفقه الاســـلامى • اذ اشترطت المـادة ٣١٨ من مرشـد الحيران لصحة التعليق « أن يكون مدلول فعل الشرط معدوما على خطر الوجود لا محققا ولا مستحيلا » • وزادت المـادة ٣١٩ من مرشد الحيران ايضــا » ••• والتعليق على مستحيل لغو غير معتبر » •

وكما يبين من النص ، يجب أن يكون الشرط أمرا مستقبلا ويجب كذلك أن يكون ممكنا • أليست هـذه الشروط هى التى ينبغى توافرها فى الشرط كوصف فى الالتزام فى الفقه القانونى كما مر بنا من قبل ؟

---

(٢١) راجع هـذه الامثلة ومصادرها : الشيخ زكى الدين شعبان ، المرجع السابق ، ص ٣٥ •• ويمكننا ان نقرب منه نص المـادة ٣٩٤ من مجلة الاحكام الشرعية « كل من شرط له الخيار ثبت له حق الامضاء والفسخ داخـل المـدة المعينة وينفسخ العقد بفسخه اما اذا انقضت المـدة ولم يفسخ من له الخيار لزم البيع » •

المبحث الثانى

الأجـــل

LE TERME

١٦٦ ـ تقسـيم :

ذكرنا فيما سبق ان من أوصاف الالتزام ما يتعلق بوجوده أو نفاذه ، وهى الشرط والاجـل ٠

اما وقد عرضنا للشرط ، فاننا نتناول الاجل فى هـذا المبحث ٠ ونعرض أولا لتعريف هـذا الاجـل وأنواعه المختلفة ثم نتكلم عن آثاره ٠ ثم نعرض للاجـل فى الفقه الاســلامى ٠

وعلى ذلك تنقسم دراستنا الى المطالب الاتية :

المطلب الاول : تعريف الاجـل وأنواعه ٠

المطلب الثانى : آثار الأجـل

المطلب الثالث : الاجـل فى الفقه الاسلامى

المطلب الأول

تعريف الأجل وأنواعه

١٦٧ ـ اولا ـ تعريف الاجل :

الاجل عبارة عن امر مستقبل محقق الوقوع يتوقف على تحقيقه نفاذ الالتزام او انتهاؤه • (مادة ٣٢٩ مدنى كويتى ـ مادة ١/٢٧١ مدنى مصرى) (٢٢) •

ووفقا لذلك ، يكون التزام الأجل او مضافا الى اجل لو توقف نفاذه او انقضاؤه على امر او حادث مستقبل محقق الوقوع • مثال ذلك حلول يوم معين فى المستقبل مثل اول رجب • وقد يترتب على حلول هذا اليوم نفاذ الالتزام فيكون الأجل واقفا وقد يترتب عليه انقضاء الالتزام فيكون الأجل فاسخا • وهنا يثور التساؤل : فيما يتفق الأجل مع الشرط وفيما يختلف عنه ؟ اجابه على هذا التساؤل نقول : يتفق الأجل مع الشرط فى ان كلا منهما امر مستقبل وعارض اى لا يدخل فى تكوين الالتزام • ومع ذلك فان ثمة اختلافا بينهما • على حين نجد الأجل محقق الوقوع فى المستقبل نجد الشرط غير محقق الوقوع •

١٦٨ ـ ثانيا ـ انواع الأجل :

ينقسم الأجل الى انواع تتعدد بحسب الأثر والمصدر والتعيين •

فمن حيث الأثر ، ينقسم الأجل الى اجل واقف واجل فاسخ(٢٣) :

فالأجل الواقف ، أمر مستقبل محقق الوقوع بتوقف على تحققه نفاذ التزام كان موجودا • كما لو التزم شخص بأداء مبلغ نقدى لآخر بعد ستة شهور •

---

(٢٢) راجع ، عبد الرازق احمد السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، ج ٣ ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٨ ، رقم ٤٦ ، ص ٧٦ •

SAVATIER : op, cit., n. 173, p. 226-227

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 727, p. 746

أما الأجل الفاسخ ، فعبارة عن أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على حلوله انقضاء الالتزام . كما لو قام شخص بتأجير سيارته لآخر لمدة شهرين . اذ يترتب على حلول أجل الشهرين انقضاء الاجارة وقد نصت على النوعين المادة ٣٢٩ مدنى كويتى .

١٦٩ ـ من حيث المصدر ، ينقسم الى أجل اتفاقى وقانونى وقضائى(٢٤) :

غالبا ما يتمثل مصدر الأجل فى الاتفاق . وقد يكون صريحا او ضمنيا . ومثال الأخير الالتزام بتوريد اغذية للمدارس . اذ لا يحل أجل مثل هذا الا مع بدء العام الدراسى .

وقد يرجع الأجل فى مصدره الى القاضى ويكون ذلك فى الحالة التى يمنح فيها المدين مهلة للوفاء بالتزامه اذا كان هناك مبرر من الظروف . والأجل القضائى على هذا النحو يطلق عليه نظرة الميسرة .

أما عن الأجل القانونى ، فانه يكون بنص من المشرع . كما يحدث عندما يمنح المشرع للمدينين مهلة للوفاء بديونهم بسبب ظروف قاهرة مثل الحرب و الأزمات الاقتصادية .

١٧٠ ـ ومن حيث التعيين ، يكون الأجل معينا او غير معين(٢٥) :

على أساس ان الأجل أمر أو حادث مستقبل محقق الوقوع فاما أن يتحدد مقدما وقت وتاريخ ونوع الأمر او الحادث . ليقال أن الأجل معين وأما ان يكون هذا التحديد غير ممكن لأن وقت وتاريخ الأمر أو الحادث المستقبل غير معلوم على الرغم من أنه محقق الوقوع ليقال فى هذه الحالة أن الأجل غير معين .ومثال الأول تحديد تاريخ يوم معين ومثال الثانى وفاة انسان ما زال حيا . اذ من غير الممكن أن يعلم الشخص ميعاد وفاته على الرغم من انها أمر مستقبل محقق الوقوع .

MAZEAUD : op, cit., n. 1015, p. 968

SAVATIER : op, cit., n. 173, p. 226

المطلب الثانى

آثار الأجـل(٣٦)

١٧١ ـ نفرق بشأن هـذه الآثار ، بين ما يترتب منها قبـل انقضـاء الأجـل وما يترتب منها بعـد ذلك • في فرعين :

الفرع الأول : آثار الأجـل قبل أن ينقضى •

الفرع الثانى : آثار الأجـل بعـد أن ينقضى •

---

(٣٦) MAZEAUD : op. cit., n. 1019-1024, p. 969-970.
CARBONNIER : o__. cit., n. 61, p. 215-217.

راجع في آثار الاجـل ايضا : السنهورى ، المرجع السابق ، رقم ٦٣ ، ص ٩٧ وما بعدها •

الفرع الأول
آثار الأجـل قبـل أن ينقضى

١٧٢ ـ يميز فى آثار الأجـل قبـل انقضائه بين الأجـل الواقف والأجـل الفاسـخ ٠

١٧٣ ـ أولا : الأجـل الواقف :

اذا كان الالتزام مضافا الى أجـل واقف فانه لا يكون نافـذا الا فى الوقت الذى ينقضى فيه الأجـل (مادة ١/٣٣٠ مدنى كويتى ـ مادة ١/٢٧٤ مدنى مصرى) ٠

ومعنى ذلك ببساطه انه قبل انقضاء الأجـل يكون الالتزام موجـودا ولكنه غير نافـذ اى غير مستحق الأداء ٠٠ ويترتب على وجـود الالتزام غير نافـذ عـدة نتائج نوجزها فيما يلى :

١ ـ لا يجـوز للدائن أن يجبر المدين على الوفاء ما دام الأجـل لم ينقض ٠ اذ يتعين لذلك أن يكون حـق الدائن مستحق الأداء وهـو غير ذلك بيقين لأن الأجـل لم ينقض ٠ كل ما هنالك وحسبما صرحت به المـادة ٢/٣٣٠ مدنى كويتى انه يجـوز لهـذا الدائن أن يتخـذ ـ وقبل أن ينقضى الأجـل ـ من الاجراءات ما يحافظ به على حقـه كأن يطالب بتأمين اذا كان يخشى ، ولأسباب معقـوله ، اعسار المدين أو افلاسـه ٠

٢ ـ ارتباطا بمـا تقـدم وتفريعا عنه ، وما دام حـق الدائن غير مستحق الأداء لأن الأجـل لم ينقض ، فان التقـادم الزمنى لا يبـدأ فى السريان بحـق الدائن ، وهـذا بدهى ، اذ يقتضى التقادم لبدء سريانه ، أن يكون فى استطاعة الدائن أن يطالب بحقه ، وذلك لا يمكن أن يتحقق الا بعـد انقضاء الأجـل ٠

٣ ـ اذا قام المدين بالوفاء والأجـل لم ينقض بعـد ، لا يجـوز له أن يسترد ما وفاه شريطة أن يكون على علم بعـدم انقضاء الأجل والا كان له أن يسـترد ٠

٤ ـ لا تقـع المقاصـه بين حـق الدائن وحـق آخر ٠ كما انه ليس فى مكنة الدائن أن يطعن فى تصرفات المدين بالدعـوى البولصية ٠

١٧٤ ـ ثانيا : الأجـل الفاسـخ :

اذا كان الالتزام مضافا الى أجـل فاسخ ، كان هـذا الالتزام ـ على خلاف ما اذا كان الأجـل ـ موجـودا ونافـذا ، وان كان زواله أمرا محققا بحلول هـذا الأجـل ٠ ولمـا كان حـق الدائن مستحق الأداء لانه نافـذ فانه يستطيع مطالبة المدين بالوفاء ، ويسرى التقـادم بحقـه وله أن يطعن فى تصرفات هـذا المدين بالدعـوى البولصيـه ٠

الفرع الثانى

آثار الأجـل بعـد أن ينقضى

١٧٥ ـ لمـا كانت هـذه الآثار مرهـونة فى حـدوثها بانقضاء الأجـل فان المنطق يقضى بالتعرف أولا على كيفية انقضاء الأجـل وذلك ببيـان أسبابه قبـل أن تعرض لهـذه الآثار ٠

١٧٦ ـ أولا : أسباب انقضـاء الأجـل :

ينقضى الأجـل بسبب ضمن ثلاثة أسباب رئيسية تؤدى الى ذلك ٠ اذ ينقضى بحـلوله او بالنزول عنـه أو بسقوطه ٠

١٧٧ ـ ١ ـ حـلول الأجـل :

اذا كان الالتزام مضافا الى أجـل ، فانه يحـل بحـدوث الأمر المستقبل الذى كان محقق الوقـوع ٠ فاذا كان معينا ، أى محـدد الوقت والتاريخ مثل حلول أول يوم فى شـهر معين ، حـل الأجـل بحـلول هـذا اليوم ٠ واذا لم يكن معينا ، أى غير محـدد بوقت ولا تاريخ على نحـو ما ذكرنا بخصوص ما اذا كان الأجـل هـو موت شخص ما زال على قيـد الحياة ، يحـل الأجـل بحـدوث الوفاة ٠ ويلاحظ أن المـادة ٣٣٣ مدنى كويتى قـد نصت على حـلول الدين المؤجـل بموت المدين الا اذا كان مضمونا بتأمين خاص او قـدم الورثة ضمانا كافيا ٠ وهـو حكم مأخـوذ عن الفقه الاسلامى ٠

١٧٨ ـ ٢ ـ النزول عن الأجـل :

ينقضى الأجـل بالنزول عنه ٠ وينبغى ـ وهـذا بدهى ـ ان يكون النزول ممن له الحـق فيه ٠ وصاحب الحـق فى النزول هـو من كان الأجـل لمصلحته[٢٧] وغالبا ما يكون الأجـل لمصلحة المدين ولكن يمكن ان يتمحض لمصلحة الدائن كما هى الحال فى الوديعـة كما يمكن أن يكون لمصلحة الدائن والمدين معـا ٠ ولا يملك التنازل فى الحالة الأولى الا المدين وفى الثانية الدائن ٠ أما فى الحالة الثالثة فلا يمكن النزول عن الأجـل الا باتفاق الدائن والمدين ٠ وفى هـذا الصـدد نصت المـادة ٣٣١ من القانون المدنى الكويتى على ما يأتى :

---

(٢٧) عبد المنعم البدراوى ، النظرية العـامة للالتزامات ، جـ ٢ ، احكام الالتزام ، النهضـة العربية ، بيروت ، ١٩٦٨ ، رقم ١٩٦ ، ص ٢٤٣ ٠

« ١ ـ يفترض فى الأجـل الواقف انه ضرب لمصلحة المدين الا اذا نص القانون أو تبين من العقـد أو من الظروف انه ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معـا ٠

٢ ـ واذا تمحض الأجـل لمصلحة أحـد الطرفين جاز له ان ينزل عنه » ٠

١٧٩ ـ ٣ ـ سـقوط الأجـل :

حصرت المـادة ٣٣٢ مدنى كويتى (مادة ٢٧٣ مدنى مصرى) أسـباب سـقوط الأجـل ، وقبـل ان نعرض لهـذه الأسباب نود أن نشير ـ كما يبين لنا من النص ـ الى ملاحظـة هامة مؤداها : أن السقوط مقصور على الأجـل الواقف ٠ اذ الأجـل الفاسخ لا يسقط ، وعن أسباب السقوط نذكرها على النحو التـالى :

(أ) يسقط حـق المدين فى الأجـل الواقف اذا حكم بافلاسـه ونصت على ذلك المـادة ٣٣٢/أ مدنىكويتى ٠ والظاهر انه يختلف عن النص المقابل فى القانون المدنى المصرى ٠ فقـد نصت المـادة ١/٢٧٣ منه على سـقوط حـق المدين فى الأجـل اذا شـهر افلاسه او اعساره وفقا لنصوص القانون ٠ ومفهوم ذلك سـقوط الأجـل بشـهر الافـلاس اذا كان المدين تاجرا وبشهر الاعسار اذا لم يكن كذلك ٠ وغنى عن البيان أن شـهر الاعسار يختلف عن شـهر الافـلاس ٠ فقـوام الأخير تصفية جماعية لأموال المدين التاجر بخـلاف الأول وهـو عبارة عن اجراء فردى ضـد مدين غير تاجر ٠

ويرجـع سـقوط الأجـل بهـذا السبب الى ان الدائن قـد رضى الأجـل استنادا الى يسار المدين ، ولو بقى الأجـل على الرغم من الافلاس او على الرغم من شـهر الافلاس أو شـهر الاعسار كانت النتيجة غير عادلة ٠ اذ يستفيد فقط أصحاب الديون التى حلت وربمـا تستغرق حقـوقهم كل أموال المدين ولا يبقى شىء لأصحاب الديون المؤجله ٠

(ب) يسقط حـق المدين فى الأجـل الواقف أيضـا اذا أضعف بفعله الى حـد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص حتى لو كان هـذا التأمين قـد اعطى بعقـد لاحـق أو بمقتضى القانون وهـذا ما لم يختر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين ٠ أما اذا كان أضـعاف التأمين يرجـع الى سبب لا دخـل لارادة المدين فيـه فان الأجـل

يسقط ما لم يقدر المدين للدائن تأمينا كافيا (مادة ٣٣٢/ب مدنى كويتى ـ مادة ٢٧٣ مدنى مصرى) • والفرض أن حق الدائن مؤجل ومضمون فى نفس الوقت بتأمين خاص قدم له سواء كان التأمين مصدره الاتفاق كالرهن أو القانون كالامتياز • فاذا اضعف التأمين الى حد كبير ، يجب التفرقة : أن يكون الاضعاف بفعل المدين وفى هذه الحالة يسقط الأجل حيث يستطيع الدائن أن يطالب بالوفاء الفورى بالالتزام • ومع ذلك فقد أعطى المشرع للدائن الخيار بين سقوط الأجل او الابقاء عليه ومطالبة المدين بتكملة التأمين الذى ضعف •

أما اذا كان اضعاف التأمين يرجع الى سبب لا دخل لارادة المدين فيه فان الأجل يسقط لكن المدين يستطيع تجنب ذلك اذا قدم ضمانا كافيا • فالخيار هنا للمدين بخلاف الحالة السابقة •

ويلاحظ أن المشرع تطلب أن يكون اضعاف التأمين الى حد كبير بحيث يصبح فى قيمته اقل من قيمة الدين • فالاضعاف اليسير لا يكفى •

ويجب فوق ذلك أن يكون الاضعاف بفعل المدين كما لو كان التأمين رهنا على عقار يملكه وتصرف فيه بالبيع وتم التسجيل بعد ابرام الرهن وقبل القيد • فالرهن على هذا النحو لا قيمة له كتأمين •

وكما رأينا ، فان الاضعاف قد يرجع الى سبب لا دخل لارادة المدين فيه كما لو تهدم المرهون بفعل زلزال مثلا • وعلة سقوط الأجل ترجع الى اعتماد الدائن على التأمين الخاص عندما رضى الأجل •

(ج) اضافة الى ما تقدم ، يسقط حق المدين فى الأجل الواقف أيضا اذا لم يقدم للدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من تأمينات •

فاذا كان المدين قد وعد الدائن فى العقد المنشىء للالتزام بتقديم تأمين يضمن الوفاء بالحق المؤجل ولم يف هذا المدين بوعده ، سقط الأجل • وعلة ذلك أن الدائن ربما اعتمد على الوعد بالتأمين من المدين ، واخلال الأخير به أخل بثقه الأول فيه •

١٨٠ ـ ثانيا : الآثار التى تترتب على انقضاء الأجـل :

١٨١ ـ آثار انقضـــاء الأجـل الواقف :

الأثر الجـوهرى لانقضاء الأجـل للواقف صيرورة الالتزام نافـذا ومستحق الأداء وكان قبـل ذلك موقـوفا فى نفـاذه ٠

وعليه،، فانه اذا لم يقم المدين بتنفيذ هـذا الالتزام مختارا يمكن للدائن ان يجبره عليه ٠ كما تبـدأ فى السريان مدة التقـادم بحـق هـذا الدائن يجوز له ايضا الطعن فى تصرفات مدينه بالدعـوى البولصية وما نود أن ننبه عنه هنـا ٠ أن هـذا الاثر لانقضاء الأجـل يتم دون رجعيه ٠ أى يصبح الالتزام نافـذا من وقت انقضـاء الأجـل وليس من الوقت الذى نشأ فيـه والعبرة فى ذلك باليـوم التالى مباشرة ليوم الانقضـاء لا يوم الانقضـاء ذاته(٢٨) ٠

١٨٢ ـ آثار انقضاء الأجـل الفاســخ :

يترتب على انقضـاء الأجـل الفاســخ ، انتهاء الالتزام الذى أضيف اليــه ويتم ذلك دون أثر رجعى ٠ على معنى أن يكون هذا الانقضـاء بالنسبة للمستقبل ٠ وقـد نصت على انعـدام الأثر الرجعى فى هـذه الحالة المـادة ٣٣٥ مدنى كويتى (م٠ ٢/٢٧٤ مدنى مصرى) ٠

١٨٣ ـ الأجـل المشروع المصرى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المـالية :

أولا : نصت المـادة ٢٥٦ من المشروع على الأجـل وجاء تعريفها له على النحـو التـالى :

« ١ ـ يكون الالتزام لأجـل اذا كان نفـاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقـوع ٠

٢ ـ ويعتبر الأمر محقق الوقـوع ، متى كان وقـوعه محتما ولو لم يعرف الوقت الذى يقـع فيه » ٠

---

(٢٨) MARTY et RAYNAUD : op. cit., p. 748, n. 370.
MAZEAUD : op. cit.. n. 1024, p 970.

وهـذا النص المقترح من المشروع يطابق المـادة ٢٧١ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطابق المـادة ٣٢٩ من القانون المدنى الكويتى • وقـد عرضنا للنصين الأخيرين فيما سبق •

ثانيا : وتناول المشروع آثار الأجـل فى المـادة ٢٥٧ ونصها كالآتى :

« ١ ـ اذا كان الالتزام مضافا الى أجـل واقف ، فانه لا يكون نافـذا الا فى الوقت الذى ينقضى فيه الأجـل • على أنه يجـوز للدائن قبـل انقضاء الأجـل أن يتخـذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقوقه • وله بوجـه خاص أن يطالب بتأمين اذا خشى افلاس المدين أو اعساره واستند فى ذلك الى سبب معقـــــــول •

٢ ـ ويترتب على انقضاء الأجـل الفاسخ انتهـاء الالتزام ، دون أن يكون لهـذا الانتهاء أثر رجعى » •

وهـذا النص المقترح من المشروع يطـابق المـادة ٢٧٤ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطـابق المـادة ٣٣٠ من القانون المدنى الكويتى • وقـد عرضنا للنصين الأخيرين فيما سـبق •

ثالثا : وتناول المشروع أمر النزول عن الأجـل ولمصلحة من يكون فى المـادة ٢٥٨ اذ قالت :

« ١ ـ يفترض فى الأجـل أنه ضرب لمصلحة المدين ، الا اذا تبين من العقـد أو من نص القانون أو من الظروف أنه ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معـا •

٢ ـ واذا تمحض الاجل لمصـــلحة الطرفين ، جاز له أن ينزل عنـــه بارادته المنفردة •

وهـذا النص مستحدث ولا نظير له فى القانون المدنى المصرى الحالى • ولكنه يطـابق تمـاما المـادة ٣٣١ من القانون المدنى الكويتى • وقـد عرضنا لهـا من قبل فى دراستنا لانقضاء الأجـل بالنزول عنـه •

رابعا : وعن سقوط الأجل : نصت المادة ٢٦٠ من المشروع على ما يأتى :

يسقط حق المدين فى الأجل :

١ - اذا شهر افلاسه ، أو ثبت اعساره بأن كانت أمواله لا تفى بالديون الحالة •

٢ - اذا أضعف بفعله الى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى للقانون ، وهذا ما لم يؤثر الدائن ان يطالب بتكملة التأمين أما اذا كان لضعاف التأمين يرجع الى سبب لا دخل لارادة المدين فيه ، فان الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا •

٣ - اذا لم يقدم للدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من تأمينات • والفقرة الأولى من هذا النص تقابل الفقرة الأولى من المادة ٢٧٣ من القانون المدنى المصرى الحالى التى تقول « اذا شهر افلاسه أو اعساره وفقا لنصوص القانون » •

وقد عدلت هذه الفقرة على النحو المذكور فى المادة المقترحة ، لأن المشروع لم يقر نظام الاعسار مع ابقائه على الحكم الخاص بحلول أجل الدين اذا ثبت اعسار المدين بأن كانت أمواله لا تفى بديونه المستحقة الأداء •

ونشير ايضا الى ان الفقرة الأولى من نص المشروع انما يقابل الفقرة الأولى من المادة ٣٣٢ من القانون المدنى الكويتى • مع ملاحظة فارق أساسى يتمثل فى ان تلك الفقرة من النص الكويتى قد اقتصرت على ذكر الافلاس وقد ألمحنا من قبل الى هذا الاختلاف عند مقارنة النص الكويتى بالنص المصرى الحالى •

أما الفقرتان الثانية والثالثة من النص المقترح فى المشروع ، فتطابقان الفقرتين الثانية والثالثة من المادتين : ٢٧٣ من القانون المدنى المصرى الحالى ، ٣٣٢ من القانون المدنى الكويتى • وقد عرضنا لهما فيما سبق •

المطلب الثالث

الأجـل فى الفقــه الاسلامى

١٨٤ ـ الأجـل وتعريفـه فى الفقــه الاسلامى(٢٩) :

أن اضافة الالتزام الى اجـل أمر معروف وجائز فى فقــه الشريعــة الاسلامية ودليل جــوازه قـوله سبحانه وتعالى فى سورة البقرة « اذا تداينتم بدين الى أجـل مسمى »(٣٠) وقـد عرفت المـادة ١٨٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل التأجيل بقولها « التأجيل : هـو تأخير تسليم العـوض بالتراضى الى وقت معين »(٣١) ويختلف التأجيل بذلك عن التقسيط الذى عرفته المـادة ١٨٨ من نفس المجلة بقـولها « التقسيط : هـو تأجيل العوض مفرقا الى أوقات متعـددة وكل جزء يحـل وقته يسمى قسطا »(٣٢) .. هـذا وقـد عرفت المـادة ٣٢٠ من مرشـد الحيران العقـد المضاف بقولها « العقـد المضاف هـو ما كان مضافا الى وقت مستقبل » .

١٨٥ ـ انواع الأجـل : يتنوع الأجـل فى الفقه الاسلامى على النحو التالى :

١٨٦ ـ أولا : الأجـل المعلوم والأجـل المجهول :

يمكن أن يكون الأجـل معلوما ونصت المـادة ٣٦٢ من مجلة الأحـكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على أن « البيع مـع تأجيل الثمن مدة معلومه أو تقسيطه صحيح الا فى ربا النسيئه » وجاء فى المـادة ٤٨٨ من نفس المجلة بخصوص السلم ما يلى : « يشترط ذكر أجـل معلوم له دفـع عادة ولو مقسطا على اقساط . فلو جهل أو ابهم فسد السلم فلو اجل الى أسبوع أو شرط تعجيل البعض لم يصـح العقـد » .

---

(٢٩) راجع : عبد الناصر العطار ، نظرية الاجل فى الالتزام فى الشريعة الاسلامية والقوانين العربية .

(٣٠) أول الآية رقم ٢٨٢ من سورة البقرة .

(٣١) وهو التعريف الذى جاءت به المـادة ١٥٦ من مجلة الاحـكام العدلية اذ قالت التأجيل تعليق الدين وتاخيره الى وقت معين ».

(٣٢) نفس المعنى الذى جـاء بالمـادة ١٥٧ من مجلة الاحــكام العدلية اذا قالت « التقسيط تاجيل اداء الدين مفرقا الى اوقات متعددة معينة » .

وفى وجوب أن يكون الأجل معلوما ، قالت المادة ٤٢٠ من مرشد الحيران « يصح البيع بثمن حالى ومؤجل الى أجل معلوم طويلا كان أو قصيرا ...... »(٣٣) .

ويعتبر الأجل معلوما كما نصت المادة ٢٤٧ من مجلة الأحكام العدلية « اذا عقد البيع على تاجيل الثمن الى كذا يوما أو شهرا أو سنة او الى وقت معلوم عند العاقدين ...... صح البيع »(٣٤) . اما اذا كان الأجل غير معلوم ، فقد نصت المادة ٢٤٨ من مجلة الأحكام العدلية على أن « تأجيل الثمن الى مدة غير معينه كأمطار السماء يفسد البيع » وعن مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل ، فانه بالاضافة الى نص المادة ٤٨٨ منها بخصوص فساد السلم لأجل مجهول او مبهم كما سبق ، نجد مثالا آخر فى المادة ١٠٣٢ وتنص على انه « لا تصح الكفالة الى أجل مجهول جهالة فاحشه كمجىء المطر وهبوب الريح ، أما الى الحصاد والجذاذ(٣٥) وقدوم الحاج مما لا يمنع مقصود الكفالة فتصح » .

١٨٦ ـ ثانيا : الأجل الاتفاقى والأجل القضائى :

يمكن أن يكون الأجل بالاتفاق اى بالتراضى على نحو ما جاء بالمادة ١٨٧ من مجلة الأحكام الشرعية كما ذكرت من قبل ، أما بخصوص الأجل القضائى فى الفقه الاسلامى ، فقد نصت المادة ٤٨٨ من مرشد الحيران على أنه : « لا يجوز للقاضى أن يمهل المشترى فى دفع الثمن للبائع ما لم يكن المشترى معسرا لا يقدر على الوفاء فينتظر الى ميسره »(٣٦) .

ومعنى ذلك ، أنه اذا لم يف المشترى بالثمن للبائع ورفع الأخير الأمر للقاضى ، وجب على القاضى أن يأمر المشترى بالدفع الا اذا بان له أنه معسر لا يقدر على الوفاء فيعطى له مهلة الى ميسرة . وجاء فى قوانين الأحكام

---

(٣٣) وتنص المادة ٢٤٦ من مجلة الاحكام العدلية على انه « يلزم ان تكون المدة معلومة فى البيع بالتاجيل والتقسيط » ـ وعند الشافعية يجب ان يكون الاجل معلوما فى البيع بثمن مؤجل ، راجع المهذب ، للشيرازى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الاول ، ص ٢٧٣ .

(٣٤) ومثلت المادة لليوم المعلوم عند العاقدين بيوم النيروز وهو عيد أول السنة الشمسية عند القدماء .

(٣٥) وأخذ المالكية بذلك . فقال ابن جزى فى قوانين الاحكام الشرعية ، سابق الاشارة اليه ، « ويجوز ان يكون الاجل الى الحصاد والجذاذ » . ص ٢٩٥ .

(٣٦) راجع ايضا المادة ١٧ من مجلة الاحكام العدلية « المشقة تجلب التيسير ... » وتعتبر نظرة الميسرة تطبيقا لهذه القاعدة .

الشرعية فى خصوص نظرة الميسره : « اذا دعا صاحب الحق غريمه الى القاضى بعد ثبوت الحق وحلوله ۰۰۰۰۰۰ ولم يدع الغريم العدم فانه يؤمر بالأداء ، فان قال أمهلونى بينما يتيسر لى أعطى رهنا أو ضامنا بالمال ۰۰۰۰۰۰ ويؤخره القاضى مدة على حسب قلة الدين وكثرته وذلك يرجع الى اجتهاد القاضى ۰۰۰۰۰۰ »(٣٧) ۰

١٨٧ ـ ثالثا : الأجل الواقف والأجل الفاسخ (الموقوت) :

ان ما سمى بالأجل الواقف فى القانون كما اوضحنا فيما سبق نجد تصوره فى الفقه الاسلامى فى نطاق ما يعرف « بالعقد المضاف » وقد أشرنا الى تعريفه من قبل خلال المادة ٣٢٠ من مرشد الحيران ۰ وهو العقد الذى يكون منعقدا فى الحال ، كل ما هنالك أن حكمه لا يقع قبل حلول الوقت الذى أضيف اليه ۰

وعلى حد تعبير النص المذكور أن العقد المضاف ينعقد سببا فى الحال لكن يتأخر وقوع حكمه الى حلول الوقت المضاف اليه ۰ مثال ذلك الاجاره المضافة كما نصت عليها المادة ٥٢٧ من مجلة الأحكام الشرعية بقولها « الاجاره المضافة : هى الاجاره لمدة تبتدىء من وقت مستقبل »(٣٨) والمعنى الواضح لذلك ان قوام هذا النوع من الاجاره يتمثل فى ان العقد به يكون منعقدا فى الحال على ما ذكرنا منذ قليل لكن حكمه أى أثره لا يقع ولا يترتب قبل حلول الأجل المضاف اليه أو على وجه الدقة لا يقع الا بحلول هذا الاجل وقد مثلت لذلك المادة ٥٣٧ من مجلة الأحكام الشرعية بمناسبة قولها بصحة الاجاره المضافة فى الأعيان المعينه والموصوفه ۰ « لو أجره هذه الدار مدة تبتدىء من أول السنة المقبلة أو أجره أبلا موصوفة مدة مستقبله صحت الاجاره ۰۰۰۰۰۰ » .

---

(٣٧) قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٤٥ ـ ٣٤٦ ۰

وسوف نعرض لنظرة الميسرة فى الفقه الاسلامى فيما بعد عند تناول انقضاء الالتزام بالوفاء فى هذا الفقه ۰

(٣٨) وقد عرفت المادة ٤٠٨ من مجلة الاحكام العدلية الاجارة المضافة بقولها «الاجارة المضافة ايجار معتبر من وقت معين للمستقبل مثلا لو استؤجرت دار بكذا فقولا لكذا مدة اعتبارا من أول الشهر الفلانى الاتى تنعقد الاجارة مضافة » ۰

ونصت المادة ٤٤٠ من مجلة الاحكام العدلية على ان « الاجارة المضافة صحيحة وتلزم قبل حلول وقتها ۰۰۰۰۰۰۰۰۰۰ »

اما وقد بان لنا مما تقدم بمناسبة الاجاره المضافة - ان عقد الايجار قد ابرم مضافا الى اجل هو امر مستقبل محقق الوقوع وان آثار هذا العقد لاتترتب وبالتالى لا يكون نافذا الا بحلول اجل معين فى المستقبل ، اليس فى ذلك ما يسمى فى القانون أجلا واقفا ؟ السنا - فى الاجاره المضافة - بصدد امر مستقبل محقق الوقوع يتوقف على تحققه نفاذ التزام كان موجودا من قبل ولم يكن نافذا ؟

اما عن الأجل الفاسخ فقد مر بنا ضمن أنواع الأجل فى القانون ، وفى الفقه الاسلامى يمكن تصور فكره هذا الأجل - دون تسميته - فى نطاق ما يعرف بالعقد المؤقت باعتباره من العقود التى تقترن باجل فى هذا الفقه الى جانب العقد المضاف ٠

ويمكن ان نمثل له بالاجاره لمدة معلومة ٠ وجاء فى المادة ٥٣٤ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل عن هذه الاجاره « تصح اجارة العين المعينه الى أمد معلوم أو لعمل معلوم كاستئجار الدابه شهرا أو لركوبها الى محل معلوم ، وكذا استئجار شخص لخدمة سنه أو لبناء معلوم او خياطة ثوب معين » ٠

وكما يبين من النص ، فالعقد المؤقت ، ينعقد ويقع حكمه فى الحال ٠ أى على معنى انه ينعقد ويكون نافذا بوقوع آثاره فى الحال ٠ فهو عقد موجود ونافذ ، أما التوقيت فيرد على المدى الذى تترتب معه هذه الآثار ٠ فقد تترتب لمدة معلومه أو لعمل معين ، وتنتهى بنهاية هذا المدى اى بانتهاء المدة أو العمل ٠

وبعبارة اخرى ان العقد الموقوت ينعقد ويقع حكمه فى الحال وينتهى الحكم بحلول اجل معين ٠ وعلى نحو ما ذكره النص السابق ، تنعقد اجارة العين المعينه الى أمد معلوم او لعمل معلوم ويقع الحكم وينتهى بانتهاء الامد أو العمل كمن يستاجر دابه لمدة شهر أو لركوبها الى محل معلوم اذ تنعقد الاجاره ويقع حكمها فى الحال بتسليم العين وانتفاع المستأجر الا أن الحكم ينتهى بانتهاء الشهر أو بالوصول الى المحل المعلوم وكل ذلك يفترض بطبيعة الحال اداء للمستأجر للأجره ٠

ونستخلص مما سبق ان الالتزام فى العقد الموقوف أضيف الى أجل من شأن تحققه أن ينقضى معه الالتزام ٠ وهذا ما عرفه القانون باسم الأجل الفاسخ ٠

١٨٨ - آثار الأجل :

وعن آثار الأجل فى الفقه الاسلامى ، فنكتفى فيه بما أوردناه بخصوص العقد المضاف والعقد المؤقت ٠ فكلاهما يقترن بأجل لكن الأول ينعقد فى

الحال وحكمه لا يقع الا مع حلول الأجل أما الثانى فينعقد ويقع حكمه فى الحال الا أن هذا الحكم ينتهى بحلول الأجل ٠

وبعبارة أخرى ، ان الأجل فى الأول يؤدى الى نفاذ الالتزام بينما يؤدى فى الثانى الى انتهائه ٠

١٨٩ ـ سقوط الأجل فى الفقه الاسلامى :

ينقضى الأجل فى الفقه الاسلامى بسقوطه ٠ ويسقط الأجل بادىء ذى بدء بحلوله كما قد يسقط بالنزول عنه أو بوفاء المدين أو افلاسه ٠ ونبحث الأسباب الثلاثة الأخيرة :

١٩٠ ـ ١ ـ النزول عن الأجل :

يفترض فى سقوط الأجل بالنزول عنه أن يكون النزول من صاحب الحق وهو من كان الأجل لمصلحته ٠

وذهب الأحناف الى القول بان الأجل لمصلحة المدين ٠ ودليل ذلك ما جاء فى المادة ٨٥٩ من مرشد الحيران من انه اذا كان الدين مؤجلا على الأصيل وكفل به أحد تأجل على الكفيل أيضا ٠ وكذلك ما نصت عليه المادة ٨٦٥ فى مرشد الحيران من أنه اذا تكفل الكفيل بالدين الحال كفاله مؤجله فالأصل أنه يتأجل على الأصيل والكفيل ٠ ويضاف الى ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٨٦٤ من مرشد الحيران بخصوص اذا كان المكفول به دينا مؤجلا فدفعه الكفيل للدائن معجلا فلا يرجع به على الأصيل لو كانت الكفالة بأمره الا عند حلول الأجل ٠

ولعل فى هذه الأحكام ما يدل على أن الاجل لمصلحة المدين بصفة عامة دون الدائن لدى الأحناف[٣٩] وعليه ، فالنزول عن الأجل يكون للمدين دون الدائن[٤٠] ٠

---

(٣٩) راجع أيضا حكم المادة (٦٥٥) من مجلة الاحكام العدلية ـ وراجع ـ الاشباه والنظائر لابن نجيم ، مشار اليه من قبل ، ص ٢٦٦ ٠

(٤٠) راجع حكم المادة ٨٦٥ من مرشد الحيران ٠ اذا مات الاصيل وكان الدين مؤجلا يصير مستحق الاداء حالا فى حق نفسه ويأخذ الدائن المكفول من تركته لا من الكفيل ٠

وهو ما أخذ به أيضا مشروع القانون المدنى الجديد فى مصر جريا على أحكام الفقه الاسلامى ـ راجع المادة ٢٥٨ ٠ وقد عرضنا لها من قبل ٠

وفى تاكيد ذلك جاء فى المادة (٢١١) من مرشد الحيران أن « كل دين صح تأجيله فأجله صاحبه وقبل ذلك المدين لزم تأجيله وليس للدائن بعد ذلك الرجوع فى الأجل ولا مطالبة المديون بالدين قبل حلول أجله » .

ولعل فى نص المادة ٢١٢ من مرشد الحيران ما يوضح كل ما تقدم ويؤكده اذ قالت « اذا كان الدين مؤجلا فللمدين أن يدفعه قبل حلول الأجل ويجبر الدائن على القبول » وقريب من الأحكام السابقة ، ما جاء بمجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل فى الباب الأول من الكتاب السابع بخصوص الضمان . فبعد أن ذكرت المادة ١٠٩٧ أنه يصح ضمان الدين الحال مؤجلا كما ان الدين المؤجل يصح ضمانه مؤجلا الى أبعد من أجله على حد قول المادة ١٠٩٨ جاء بالمادة ١٠٩٩ ان « التزام تجعيل المؤجل لا يصح ولا تأجيله الى اقرب من اجله ، فلو ضمن الدين المؤجل حالا الى أجل أقرب لم يلزمه اداؤه الا عند حلول أجله فلو عجله دون اذن المضمون عنه لم يرجع عليه الا عند حلول الأجل » . ومفهوم ذلك ـ مما جاء فى عجز النص على الأقل ـ ان ضامن الدين المؤجل لو عجله دون اذن المضمون عنه (المدين الأصلى) لا يؤثر فى أجل هذا المدين ومن ثم لا يجوز أن يرجع عليه الا عند حلول هذا الأجل . ولعل السبب فى ذلك أن اجل الدين المضمون هو لصالح المدين الأصلى ونزول الضامن عنه بتعجيله دون اذنه لا يؤثر . فاذا عجل الضامن الدين باذن المضمون عنه كان له الرجوع عليه حالا . لأن المضمون عنه يكون قد نزل عن الأجل بموافقة الضامن على التعجيل (راجع نص المادة ١١٠٣ من مجلة الأحكام الشرعية سالفة الذكر)(٤١) .

وعند الشافعية ، اذا « كان الدين الذى ضمنه مؤجلا فعجل قضاءه لم يرجع به قبل الحل لأنه تبرع بالتعجيل »(٤٢) . ومما جاء فى كتب المالكية متعلقا بذلك ما أورده ابن جزى فى قوانين الأحكام الشرعية بخصوص قاعدة « ضع وتعجل » . « قاعدة ضع وتعجل حرام عند الأربعة .... وأجازها ابن عباس وزفر وهى أن يكون له عليه دين لم يحل فيعجله قبل حلوله على أن ينقص منه »(٤٣) .

---

(٤١) والمادة ١١٠٣ من مجلة الاحكام الشرعية تلك يجرى نصها على النحو التالى :

« اذا عجل الضامن الدين المؤجل فقضاه قبل حلول اجله دون اذن المضمون عنه ليس له الرجوع عليه قبل حلول الاجل ، اما لو عجله باذنه رجع عليه حالا » .

(٤٢) المهذب ، للشيرازى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الاول ص ٣٤٩ .

(٤٣) قوانين الاحكام الشرعية ، لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، ص ٢٧٨ .

أما عند الظاهرية ، فالتعجيل لابد أن يكون بموافقة الدائن • فلو أراد المدين فى دين مؤجل أن يعجله قبل الأجل لم يجبر الذى له الحق على قبول ذلك • بل لابد من رضا الدائن نفسه(٤٤) .

١٩١ ـ ٢ ـ وفاة المدين :

على مذهب الامام احمد بن حنبل ، تظهر نصوص مجلة الأحكام الشرعية وقد تناولت أثر وفاة المدين على الأجل • فقد نصت المادة ١١١٨ على أنه « لا يحل الدين المؤجل بموت الضامن ولا بموت المضمون لكن اذا ماتا جميعا فانه يحل الا اذا وثقه الورثة برهن يحرز أو كفيل ملىء بأقل الأمرين من الدين والتركه » •

ونصت المادة ١٥٠٦ ايضا على أنه « لا يحل الدين المؤجل بموت المدين أن وثق الورثة أو غيرهم رب الدين برهن أو كفيل على الأقل من الدين أو التركه والا حل » •

ويبين لنا مما تقدم ، أن أجل الدين لا يسقط بوفاة المدين الا عند عدم وجود الورثة أو عند وجودهم وامتناعهم عن توثيق الدين • أما اذا كان هناك ورثة وقبلوا توثيق الدين لا يسقط الأجل ويستفيدون منه(٤٥) •

أما غير الحنابلةمن الجمهور فالرأى عندهم أن الأجل يحل بوفاة المدين • ومن الجمهور الحنفية • فقد نصت المادة ٢١٤ من مرشد الحيران « الدين المؤجل لا يحل بموت الدائن ويحل بموت المديون »(٤٦) •

---

(٤٤) المحلى ، لابى محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم ، منشورات المكتب التجارى للطباعة والنشر ، بيروت ، الجزء الثامن ، رقم ١٢٠٠ •

(٤٥) راجع ايضا : القواعد فى الفقه الاسلامى لابن رجب الحنبلى مشار اليه من قبل ، ص ٣١٧ قاعدة رقم ١٤٤ وقد اخذ بهذا الحل القانون المدنى الكويتى الجديد فى المادة ٣٣٣ منه •

(٤٦) راجع ايضا ، سليم رستم فى شرح المجلة ، سبق الاشارة اليه ص ١٢٤ • اذ يحل اجل الثمن فى البيع بوفاة المشترى دون البائع ، حتى لو ان الدائن اجل الدين على التركة بعد موت المديون فلا يصح التاجيل وفى الثمن نصت المادة ٤٢٢ من مرشد الحيران على انه « لا يحل الاجل بموت البائع ويحل بموت المشترى » • ونصت المادة ٤٨٤ من مرشد الحيران ايضا على ما يأتى : « يحل الثمن المؤجل بموت المشترى ولا يحل الثمن =

١٩٢ ـ ٣ ـ افلاس المدين :

نصت المادة ١٥٠٠ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على ما يأتى :

« لا يحل الدين المؤجل بجنون المدين ولا بتفليسه » ويتضح من ذلك انه لا أثر لافلاس المدين على أجل دينه • ويشارك الحنابله فى ذلك الأحناف(٤٧) والظاهرية(٤٨) •

أما المالكيه فلهم راى مختلف • ويقولون أن التفليس هو خلع الرجل عن ماله للغرماء فاذا أحاط الدين بمال أحد ولم يكن فى ماله وفاء بديونه وقام الغرماء عند القاضى فانه يجرى فى ذلك على المدين الحكام التفليس وهى خمسه الثانى منها : أن تحل عليه الديون المؤجله(٤٩) •

١٩٣ ـ العقود التى يصح اضافتها الى اجل فى الفقه الاسلامى :

فى العقود التى يصح اضافتها الى المستقبل ، نصت المادة ٣٥٧ من مرشد الحيران على أن ما يمكن تمليكه فى الحال وما كان من الاسقاطات والالتزامات يصح اضافته الى الزمان المستقبل •

وذلك كالاجارة وفسخها والمزارعه والمساقاة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية والقضاء والامارة والطلاق والعتاق والوقف والعارية والاذن فى التجارة للصبى ونحو ذلك •

= بموت البائع بل تنتظر ورثته او غرماؤه حلول الاجل لاستيفاء الثمن .... » • كذلك نصت المادة ٥٦٠ من مرشد الحيران على ان الاجل يبطل « بموت المسلم اليه لا بموت رب السلم » • ونصت المادة ٨٦٥ من مرشد الحيران ايضا بخصوص الكفالة على انه « اذا مات الاصيل وكان الدين مؤجلا يصير مستحق الادا حالا فى حقه نفسه .... » وعند الشافعية ، يحل الدين بموت المدين : راجع المهذب ، للشيرازى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الاول ، ص ٣٣٤ •

(٤٧) نصت المادة ٨٦٨ من مرشد الحيران على ما يأتى « يسقط الدين عن الميت المفلس الا اذا كان به كفيل حالة حياته أو رهن » •

(٤٨) راجع ، المحلى لابن حزم ، ج ٨ ، رقم ١٢٨٠ •

(٤٩) قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٤٦ •

وعلى خلاف ما تقدم ، فان هناك من العقود والتصرفات ما لا تصح اضافته للمستقبل الأمر الذى تناولته المادة ٣٢٨ من مرشد الحيران حين قالت : « كل ما كان تمليكاً فى الحال فلا تصح اضافته الى الزمان المستقبل وذلك كالبيع واجاراته وفسخه والقسمه والشركة والهبة وعقد النكاح والصلح عن مال والابراء عن الدين » ٠

١٩٤ ـ مقارنة الأجل بين الفقه الاسلامى والقانون :

١ ـ نخلص من كل ما تقدم الى ان الأجل لا يختلف فى مقصوده بين الفقه الاسلامى والقانون ٠ اذ الأجل فيهما قوامه اضافة الى المستقبل ٠

٢ ـ وبالنسبة لأنواع الأجل : يمكننا القول بأنه لا يوجد اختلافا بشأن الأجل المعين أو المعلوم والأجل الاتفاقى والأجل القضائى وكذا الأجل الواقف والفاسخ كل ما هنالك أن الأجل فى الفقه الاسلامى لا يكون الا معينا أو معلوما ويختلف القانون فى ذلك اذ يمكن أن يكون الأجل فيه غير معين ٠

وتجدر الاشارة الى أن الأجل الواقف والفاسخ فى القانون معروف فى الفقه الاسلامى من حيث الفكرة والماهية لكن دون هذه التسمية ٠ فصورة الأجل الواقف فى القانون توجد فى نطاق العقد المضاف فى الفقه الاسلامى ٠ ذلك ، فان صورة الأجل الفاسخ قانونا معروفة فى نطاق العقد المؤقت فى هذا الفقه ٠

٣ ـ بالنسبة للأجل ومداه : يسقط الأجل فى الفقه الاسلامى ـ كما مر بنا ـ اما بحلوله أو بالنزول عنه أو بوفاة المدين أو افلاسه ٠ ولا نرى القانون يختلف مع الفقه الاسلامى بخصوص أسباب الانقضاء أو السقوط هذه الا بخصوص سبب واحد هو موت المدين فلم يسلك اتجاه الفقه الاسلامى سوى القانون المدنى الكويتى فى المادة ٣٣٢ على نحو ما ذكرنا ، وقد نصت على حلول الأجل لهذا السبب ٠

الفصل الثانى

الالتزام البدلى والتخييرى

١٩٥ ـ تمهيدوتقسيم :

تقدم أن الالتزام قد تلحقه أوصاف • وان من هذه الأوصاف ما يرد على وجود الالتزام أو نفاذه وقد عرضنا لها من خلال احكام الشرط والأجل • على أن من هذه الأوصاف أيضا ما يرد على محل الالتزام •• فاذا كان الأصل أن يكون الالتزام بسيطا اى على معنى ـ وهو احد معنيين لذلك عرضنا لهما من قبل ـ أن يكون محله عبارة عن اداء واحد كان يلتزم المدين بالقيام بعمل واحد مثلا ، الا ان الالتزام على هذا الوجه قد يلحقه وصفا ينفى عنه البساطة فى معناها المذكور ، حيث يرد الوصف على المحل ويكون متعددا اى يضم اكثر من اداء •

ولعل موضوع الدراسة فى هذا الفصل قد اتضح الان • اذ ينحصر فى تعدد محل الالتزام مما يؤدى الى تعديل الأحكام التى يخضع لها ويجعلها تختلف عن تلك التى يخضع لها الالتزام اذا كان محله اداء واحدا • وما ينبغى أن يلاحظ فى هذا الصدد انه ليس كل تعدد فى محل الالتزام يعدو وصفا بالمعنى المذكور • فيمكن أن يتعدد محل الالتزام ويضم اكثر من أداء لكن قد لا يعتبر هذا التعدد وصفا يؤدى الى خضوع هذا الالتزام لقواعد تختلف عن تلك التى يخضع لها الالتزام فى صورته البسيطة لكون محله أداء واحدا • ويحدث ذلك اذا كان يتعين على المدين أن يفى بالأداءات المتعدده لمحل التزامه وبعبارة أدق اذا كانت ذمة المدين لا تبرأ الا بالوفاء بهذه الأداءات جميعا كما لو باع شخص عدة اشياء يملكها • فيلا سكنية وقطعة أرض فضاء وبستان • فيجب عليه أن يسلم كل ما باعه لان ذمته لن تبرأ الا بذلك •

لكن قد يحدث أن يتعدد محل الالتزام وتبرأ ذمة المدين بأداء واحد منها وتسمى هذه الصورة الالتزام التخييرى •

وثمة صورة اخرى ، يكون محل الالتزام فيها أداء واحد منذ البداية الا انه يتعدد عند الوفاء • اذ يكون المدين ملتزما بأداء واحد أصلا لكن تبرأ ذمته اذا قدم ـ عند الوفاء ـ أداء آخر غير الأداء الأول • وسمى هذه الصورة بالالتزام البدلى •

ونعرض للالتزام التخييرى والبدلى فى مبحثين على التوالى • ونعرض فى مبحث ثالث لخيار التعيين فى الفقه الاسلامى ويقابل الالتزام التخييرى •

المبحث الأول

الالتزام التخييرى

١٩٦ ـ تعريفه وتمييزه عما قد يختلط به :

يمكن تعريف الالتزام التخييرى بانه التزام يتمثل محله فى اكثر من أداء بحيث تبرأ ذمة المدين به باداء واحد منها · وعلى ذلك يكون الالتزام تخييريا وفقا لنص المادة ١/٣٣٦ مدنى كويتى (م ٢٧٥ مدنى مصرى) آذا كان هناك تعدد فى محل هذا الالتزام على نحو يحقق مكنة الاختيار بين ما تعدد اليه المحل(١) ·

كما لو باع شخص فيلا سكنية ضمن ثلاثة يملكها أو باع سيارة ضمن ثلاثة يملكها ايضا · حيث تبرأ ذمته عن التزامه بالتسليم اذ أدى فى أى الحالتين اداء واحدا منها ·

وانطلاقا من التعريف المقدم ، يلزم الا يتداخل فى منطقة الالتزام التخييرى نظم قانونية أخرى تشتبه به وأخصها الشرط الجزائى(٢) · فالشرط الجزائى على نحو ما ذكرنا من قبل عباره عن تقدير اتفاقى للتعويض عن اخلال المدين بالتزامه ولا يقوم ـ وهذا هو المهم ـ محلا ثانيا الى جانب المحل الأصلى لالتزام هذا المدين · اذ يمتنع على الأخير أن يختار التعويض بموجب الشرط الجزائى بديلا عن التنفيذ العينى لالتزامه ما دام ممكنا وطالب الدائن به ·

١٩٧ ـ شروط الالتزام التخييرى ولمن يثبت حق الخيار :

يجب ان يتوافر فى كل أداء من الأداءات المتعدد لمحل الالتزام التخييرى ما اوجب القانون توافره فى محل الالتزام بصفة عامة وعلى وجه الخصوص الامكان والمشروعية · وعلى ذلك ، فاذا لم يصح الالتزام بأكثر من أداء واحد بسبب عدم توفر هذه الشروط فيما عداه لعدم المشروعية أو الاستحالة على سبيل المثال كان الالتزام مجرداً من وصف التخيير وليس له الا محل واحد وهو ذلك الذى صح الالتزام به ·

---

(١) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، مشار اليها من قبل ، ص ١٨٥ ·

(٢) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، الموقع السابق ·

اما عن تحـديد من له حـق الخيار فانه ، ومحـل الالتزام التخييرى يضم اكثر من أداء بحيث تبرأ ذمة المدين تمـاما بأداء واحـد منها ، فان تحـديد من له حـق اختيار الأداء قـد يتم باتفـاق الدائن والمدين ٠ وقـد يتفقان على أن الخيار لأحـدهما أو لشخص ثالث وقـد يتحـدد من له الخيار بنص قانون ٠ اما اذا لم يتحـدد لا بالاتفـاق ولا بالنص كان الحيار مطلقا على هـذا النحـو ويثبت للمدين (م٣٣٦ مدنى كويتى) ويلزم تحـديد المدة التى يكون فيها الخيار فاذا أطلق الخيار دون هـذه حـددت له المحكمة المدة المناسبة بناء على طلب ى من الطرفين (م ١/٣٣٧) ٠

ويلاحظ انه اذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار او تعـدد المدينون ولم يتفقـوا فيما بينهم جاز للدائن ان يطلب من المحكمة ان تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام ٠ اما اذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار أو تعـدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم انتقـل الخيار الى المدين (م٠ ٢/٣٣٧ مدنى كويتى ـ م٠ ٢٧٦ مدنى مصرى) والنص يتصـدى ـ كما هـو واضح ـ لفرض يمتنع فيه من ثبت له حـق الخيار عن استعماله أو يتعـدد فيه من لهم الخيار دون أن يتفقـوا ٠ الحكم الذى أورده النص المشار اليه فى هـذا الشأن يختلف حسبما كان الخيار للمدين أم للدائن ٠

١٩٨ ـ استعمال حـق الخيار :

لم يحـدد القانون طريقة معينة يجب اتباعها فى استعمال حـق الخيار ٠ وعلى أية حال ، فان الخيار يمكن أن يتم اذا عرض المدين ـ والفرض ان له الخيار ـ الوفاء بأحـد الاداءات المتعـدده ٠ كما يمكن ان يتم ايضا اذا طالب الدائن ـ وله الخيار ـ المدين بالوفاء بأحـد هـذه الأداءات المتعـددة كل ما هنالك أنه يتعين على من له الخيار على النحـو سالف الذكر أن يقـوم باخطار الطرف الآخر بمـا استقر عليه ٠ وعندئذ يمتنع على من استعمل حـق الخيـار أن يعـدل فيــه الا برضا الآخر ٠ وبحصول الخيار اى باستعماله فان الأثر الجوهرى لذلك صيرورة الالتزام بسيطا ٠

والراجح فى الفقه ان يترتب ذلك دون أثر رجعى(٢) ٠ ويتصل باستعمال حـق الخيار ، حكم نصت عليه المـادة ٣٣٨ مدنى كويتى بخصوص هـلاك شىء ممـا هـو موضع الخيار ٠ ويمكننا ان نفرق بشأن الحكم بين فرضين :

---

(٢) وقد استحدث مشروع القانون المدنى الجديد فى مصر حكم الفقرة الثانية من المـادة ٣٦١ ويقضى بانه « اذا تم الاختيار استند اثره الى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام الرجعى لاستعمال الخيـار » ٠

الأول – اذا كان الهلاك بسبب أجنبى ، نكون أمام احتمال من ثلاثة :

(أ) أن يتمثل موضع الخيار فى شيئين يهلك احدهما • فينحصر محل الالتزام فى الشيء المتبقى ولا يكون أمام المدين الا ان يختاره •

(ب) أن يشمل الخيار اكثر من شيئين يهلك واحد منها • ويكون للمدين أن يعين محل الالتزام فى شيء من الخيارات الباقية •

(جـ) ان تهلك كل الخيارات • ينقضى الالتزام لاستحالة التنفيذ •

الفرض الثانى : ان يكون الهلاك بخطأ المدين •
نكون امام احتمال من ثلاثة ايضا :

(أ) ان يشمل الخيار شيئين يهلك احدهما • حيث يتركز فى الشيء الثانى •

(ب) أن يشمل الخيار اكثر من شيئين يهلك واحد منها ويبقى للمدين خياره فيما تبقى •

(جـ) أن تهلك كل الخيارات • حيث ينحصر التزام المدين فى آخر ما هلك منها ويلتزم بدفع قيمته[٤] •

وتجدر الاشارة أخيرا الى ان حق المدين فى الخيار ينتقل الى الورثة بوفاته قبل استعماله (م• ٣٣٩ مدنى كويتى) •

١٩٩ – الالتزام التخييرى فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية :

اولا : نصت المادة ٢٦١ من المشروع على الالتزام التخييرى وعرفته كما يلى :

« ١ – يكون الالتزام تخييريا اذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة اذا أدى واحدا منها • ويكون خيار التعيين للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك •

---

(٤) وقد نصت على هذا الحكم المادة ٢٧٧ من القانون المدنى المصرى •

٢ ـ واذا تم الاختيار استند أثره الى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام » ٠

والنص يطابق فى فقرته الأولى نص المادة ٢٧٥ من القانون المدنى المصرى الحالى ، مع استبدال عبارة « خيار التعيين » ويستعملها الفقه الاسلامى بلفظ « الخيار » كما أن هذه الفقرة من نص المشروع سالف الذكر تطابق المادة ٣٣٦ من القانون المدنى الكويتى ٠

ويلاحظ أن نص الفقرة الثانية من المادة المقترحة من المشروع انما هو نص مستحدث لا نظير له فى القانون المدنى المصرى الحالى أو القانون المدنى الكويتى ٠ مع أنه جاء بالمشروع أن نص الفقرة المقترحة يطابق حكم المادة ٣٢٨ من مشروع القانون المدنى الكويتى ، الأمر الذى نرجح معه عدول المشروع المدنى فى الكويت عنها ٠ ولذا فقد أورد نصوصه النهائية خلوا منها ٠

ثانيا : وفى استعمال حق الخيار نصت المادة ٢٦٢ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ اذا كان خيار التعيين للمدين وامتنع ، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم ، جاز للدائن أن يطلب من القاضى تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون ، فاذا لم يتم ذلك تولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام ٠

٢ ـ أما اذا كان خيار التعيين للدائن وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم ، عين القاضى أجلا ان طلب المدين ذلك ، فاذا انقضى الأجل انتقل الخيار الى المدين » ٠

وهذا النص المقترح من المشروع يطابق نص المادة ٢٧٦ من القانون المدنى المصرى الحالى مع استبدال عبارة « خيار التعيين » بلفظ « الخيار » ايثارا للتعبير الذى يستعمله الفقه الاسلامى ٠ وذلك على غرار ما تم بالنسبة لنص المادة ٢٦١ سالفة الذكر ٠

والنص المقترح وان كان يقابل المادة ٣٣٧ من القانون المدنى الكويتى بصفة عامة ، الا أنه يطابق الفقرة الثانية منه بصفة خاصة ٠

وفى انتقال خيار التعيين للورثة ، نصت المادة ٢٦٣ من المشروع على انه « ينتقل خيار التعيين الى الوارث » ٠

وهـذا النص مستحدث ولا نظير له فى القانون المدنى المصرى الحالى • ولكنه يطابق نص المـادة ٣٣٩ من القانون المدنى الكويتى وقـد عرضنا لهـا من قبـــل •

ثالثا : أما عن حكم هـلاك شيء ممـا هـو موضع الخيار ويتصل باستعمال هـذا الخيار كما أوضحنا نصت المـادة ٢٦٤ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ اذا كان خيار التعيين للمدين ، وهلك أحـد الأشياء التى اشتمل عليها محـل الالتزام ، تركز اختيار المدين فى الأشياء الباقية • واذا هلكت الأشياء جميعها بسبب أجنبى انقضى الالتزام •

٢ ـ اذا هلكت الأشياء جميعا ، وكان المدين مسئولا عن هـذا الهلاك ولو فيما يتعلق بأحـد هـذه الأشياء كان ملزما بأن يدفـع قيمة آخر شيء هـــلك » •

والمـادة المقترحة مستحدثه فى فقرتها الأولى •

لكنها تطـابق بفقرتها الثانية المـادة ١٧٧ من القانون المدنى المصرى الحالى ، وقـد أشرنا اليها فيما سبق •

وهـذا النص المقترح من المشروع يطـابق فى الحكم نص المـادة ٣٣٨ من القانون المدنى الكويتى وقـد مربنا دراستها من قبل •

المبحث الثانى

الالتزام البــدلى

٢٠٠ ـ تعــــريف :

يكون الالتزام بدليــا ، وفقــا لمــا تقضى به المــادة ٣٤٠ مدنى كويتى (م ٠ ٢/٢٧٨ مدنى مصرى) اذ انحصر محله فى أمر واحـد يعين ابتــداء مــع تخــويل المدين الحــق فى الوفاء بمحل بديل عنه ٠ كما لو اتفق المقرض مــع المقترض على انه يجــوز عند حلول الأجــل بدلا من الوفاء بمبلغ القرض تقــديم عروض معينة أخرى تبرأ ذمته بها(٥) ٠

٢٠١ ـ احكام الالتزام البــدلى :

بادىء ذى بدء يتعين عــدم الخلط بين الالتزام البــدلى والالتزام التخييرى٠ فالثانى يضم فى محله عــدة أداءات تبرأ ذمة المدين بالوفاء بواحــد منها بخلاف الأول وفى ضــوء ذلك يمكننا أن نذكر احكام الالتزام البــدلى من خــلال تمييزه عن التخييرى ترتيبا على ما تقــدم ٠

١ ـ ينحصر المحــل فى الالتزام البــدلى فى أداء واحــد ويتعين بداية ومن ثم تتحــدد طبيعة هــذا الالتزام على أساسه ، عقاريا كان أو منقــولا بغض النظر عن طبيعة البــديل ٠ ويختلف بذلك عن التخييرى الذى لا تتحــدد طبيعته ـ والفرض اختلافها بين الخيارات ـ الا عند استعمال الحــق فى الخيار ٠

٢ ـ تتحــدد قيمة الالتزام بقيمة التكليف الأصلى لا بقيمة البــديل فى الالتزام البدلى بخــلاف التخييرى الذى لا تتحــدد قيمته ـ والفرض اختلافها بين الخيارات ـ الا عند استعمال الحــق فى الخيار ٠

٣ ـ اذا هلك الالتزام الأصلى الذى بدا على وجــه الافراد انقضى الالتزام البــديل ولــو كان الوفاء بالبــديل ممكنا ٠ بخــلاف التخييرى حيث أن هــلاك احــد الخيارات يؤدى الى حصر الخيار فى الباقى على نحــو ما بينا من قبل ٠

٢٠٢ ـ وقــد تناول مشروع تقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المــالية فى مصر الالتزام البــدلى بالنص عليه فى المــادة ٢٦٥ اذ قالت :

---

(٥) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، ص ٢٨٦ ٠

« ١ ـ يكون الالتزام بدليا اذا لم يشمل محله الا شيئا واحدا ، ولكن تبرأ ذمة المدين اذا أدى بدلا منه شيئا آخر ٠

٢ ـ والأصل ، لا البديل ، هو وحده محل الالتزام ، وهو الذى يحدد طبيعته » ٠

وهذا النص المقترح من المشروع يطابق نص المادة ٢٧٨ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما يطابق نص المادة ٣٤٠ من القانون المدنى الكويتى ٠ وقد أشرنا الى النصين من قبل ٠

المبحث الثالث

خيـــار التعيين

فى

الفقــه الاســلامى

٢٠٣ ـ تعــــريف :

خيار التعيين ، عبارة عن خيار يشترطه أحــد المتعاقـــدين ـ المشترى غالبا ـ ويكون له بمقتضاه حــق تعيين احــد شيئين او ثلاثة مبيعا بعــــد التأمل والتروى(٦) ٠

كما لو قال شخص لآخر بعتــك احــدى هــذه السيارات الثلاث بالثمن المحــدد لهــا وهــو كذا ٠ ويثبت الخيار للمشترى ويمكن أن يكون للبائع ٠ ويقــابل خيار التعيين فى الفقه الاسلامى على هــذا الوجــه ، الالتزام التخييرى فى القانون وقــد جــوز الحنفيه خيار التعيين خــلافا للجمهور(٧) الذى منعــه ومنهم زفر من الحنفيه ٠

وجاء فى المــادة ٤٠٩ من مرشـــد الحيران « يصــح أن يكون المبيع أحــد شيئين قيميين أو مثليين من جنسين مختلفين أو ثلاثة أشياء كذلك يعين ثمن كل منها على حــدته ويجعل الخيار فى تعيينه للمشترى بأن يأخــذ ايا شاء بثمنه أو للبائع بأن يعطى أياً أراد بثمنه للمشترى ولابد من توقيت هــذا الخيار بثلاثة أيام أو أقــل لا الكثر »(٨) ٠

---

(٦) راجع السنهورى ، المرجع السابق ج ٤ ، ص ٢١٠ ٠
محمد مصطفى شلبى ، المرجع السابق ، ص ٦٢٥ ٠

(٧) وقـــد منع الجمهور هذا الخيار ومنهم الحنابلة : لان العقد بهذا الخيــار يتضمن جهالة والجهالة غرر ٠ وفى هــذا تنص المــادة ٢٦٩ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل على ما ياتى « يشترط ان يكون المبيع معلوما ٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠ فلا يصح بيع المجهول » ٠

(٨) راجع المــادة ٣١٦ من مجلة الاحكام العدلية : « لو بين البائع اثمان شيئين او ثلاثة اشياء من القيميات كل على حدة على ان ياخذ المشترى ايا شاء بالثمن الذى بينه له او على ان يعطى البائع ايا كذلك صح للبيع ٠ وهــذا يقال له خيار التعيين » ٠

فى ضــوء النص السابق من مرشــد الحيران على مذهب الامام ابى حنيفه يمكننا ان نستخلص عــدة شروط ينبغى توافرها لثبوت خيار التعيين :

١ ـ ان يشمل الخيار شيئين او ثلاثة ، ولا يصح أن يتجاوز ذلك ٠

٢ ـ ان يكون هناك تفاوت بين ما شمله الخيار بين هــذه الأشياء ٠ والتفــاوت يكون باختلاف الجبس فى المثليات والقيميات ٠ كما اذا باعــه اردبا من ارادب ثلاثة أحــدها من القمح وثانيها من الذرة وثالثها من الارز ٠

٣ ـ أن تكون الأشياء معينة محــددة الثمن ٠

٤ ـ ان يتم الخيار فى مدة معلومه هى ثلاثة ايام او اقــل لا أكثر(٩) ٠

٢٠٤ ـ حكم خيــار التعيين :

عن اثر خيــار التعيين فى العقــد يختلف النظار ٠ فمن قال ان خيار التعيين ينطــوى على خيار الشرط ذهب الى أن العقــد غير لازم بخيار التعيين على غرار خيار الشرط ٠ ومن ذهب الى أن خيار التعيين لا يتضمن خيار شرط قال ان آثر خيار التعيين فى العقــد ينحصر فى أختيار محله والعقــد لازم معه(١٠) ٠

ويسقط خيار التعيين بتعيين محــل العقــد ٠ وتعيين محــل العقــد اما ان يكون باختيار احــد الشيئين صراحة أو ضمنا وأما ان يكون لأسباب أخرى ، هى الهــلاك والتعيب بعــد قبض المشترى ٠

وقــد نصت المــادة ٤٢٢ من مرشــد الحيران على الهــلاك اذ قالت (اذا كان خيار التعيين للمشترى وهلك احــد الشيئين فى يده تعين عليــه اخــذه ويكون الآخر فى يده أمانة ٠٠٠ » ٠

ومعنى ذلك أن هــلاك أحــد الشيئين فى يد المشترى بعــد القبض يسقط خيار التعيين ٠ لان المحــل ينحصر – حسبما تبين من النص ـ فيما هلك ٠ على ان يكون الباقى فى يد المشترى امانه ٠

---

(٩) ونصت المــادة ٣١٧ من مجلة الاحــكام العدلية على انه « يلزم فى خيار التعيين تعيين المــدة ايضــا » ونصت المــادة ٣١٨ على ان « من له خيار التعيين يلزمه ان يعين ما يأخذه فى انقضاء المــدة المعينة » ٠

(١٠) راجع ، محمد مصطفى شلبى ، المرجع السابق ، ص ٦٢٩ ٠

وعن التعيب ، جاء فى عجز النص السابق « وان تعيبا متعاقبا تعين اخذ ما تعيب أولا » وعليه فاذا تعيب احد الشيئين فى يد المشترى بعد القبض ثم أعقب ذلك تعيب الشيء الآخر ، سقط الخيار لأن محل العقد يتحدد بما تعيب أولا ٠

وجاء فى النص بقاء الخيار ان تعيبا معا ٠ ومفهوم ذلك ان تعيب احدهما دون الآخر ليس من شأنه ان يسقط الخيار ٠

وينتقل خيار التعيين الى الورثة اذا مات من له الخيار قبل التعيين ٠ فاذا توفى البائع وله الخيار وقبل أن يتم انتقل لوارثه الذى يجبر على تعيين الشيء الذى يريد اعطاءه ٠ وان توفى المشترى وكان له الخيار وقبل أن يتم انتقل لوارثه الذى يجبر على تعيين الشيء الذى يريد أخذه ويطالب بثمنه ٠

وتطبيقا لذلك فلو أحضر البائع ثلاثة اثواب اعلى وأوسط وادنى من جنس واحد وبين لكل منها ثمنا على حدة وباع احدها لا على التعيين على أن المشترى فى مدة ثلاثة أيام يأخذ أيها شاء بالثمن الذى عينه له انعقد البيع ولزم المشترى ٠ فلو مات قبل التعيين يجبر الوارث على تعيين احدها ودفع ثمنه[11] ٠

---

(١١) راجع نص المادة ٣١٩ من مجلة الاحكام العدلية ٠

وقد اخذت المادة ٣٣٩ مدنى كويتى بحكم انتقال خيار التعيين الى الورثة ٠

الفصــل الثالث

التضامن وعــدم القابليه للانقسام

٢٠٥ ـ تمهيــد وتقســيم :

رأينا ان الأصــل فى الالتزام أن يكون بسيطا • والبسـاطة فى معنى أول لهــا ترتبط بالمحل ويقصــد بهــا أن يتمثل محــل الالتزام فى أداء واحــد • اضافة الى ذلك نقصــد بالبساطة ايضا فى معنى ثان لهــا يرتبط بالأطراف ان الالتزام رابطــة أو عــلاقة قانونية بين دائن واحــد ومدين واحــد •

الا أنه يلحــق الالتزام وصف يغير من بساطته بمعناها الأول والثانى • ففى نطــاق المعنى الأول عرضنا لتعــدد محــل الالتزام باعتباره وصــفا يلحقــه وذلك فى نطاق الالتزام التخييرى والالتزام البــدلى • وعرضنا بمناسبة ذلك لخيار التعيين فى الفقــه الاسلامى وبقى أن نعرض فى نطــاق المعنى الثانى وصــفا يلحــق الالتزام فى أطرافه بتعــددها فى جانبيها الايجابى أو السلبى ونقصــد بطبيعة الحال تعــدد الدائنيين أو تعــدد المدينين •

ويلاحظ ان هــذا التعــدد بجانبيه لا يعــد على اطلاقــه وفى كل الحالات وصفا فى الالتزام يغير بساطته • وتفسير ذلك أن الأصل فى حالة تعــدد الدائنين أو المدينين هــو انقسام الدين فلا يطالب اى دائن الا بحصته ولا يلتزم كل مدين الا بجزء يعــادل حصته •

وخلافا لهــذا الأصل ، قــد يتفق أطراف العقــد عند ابرامه وقــد ينص القانون على استبعاد انقسام الالتزام وآثاره فى حالة التعــدد بجانبيه ، ومؤدى ذلك تصــور مطالبة الدائن ضمن دائنين متعــددين بكل الدين والتزام المدين ضمن عــدة بكل الدين وامكان هــذا التصــور يتوفر فى حالتين هما :

التضــــــامن •

وعــدم القابلية للانقسام •

وفيهما تنحصر دراستنا لتعــدد الأطراف باعتباره وصــفا يلحق الالتزام ويغير ما فيــه من بساطه وفى ضوء ما تقــدم نقسم دراستنا فى هــذا الفصل الى المباحث الاتية :

المبحث الأول : فى التضامن •

المبحث الثانى : فى عــدم القابلية للانقسام •

المبحث الأول

فى

التضامن

LA SOLIDARITÉ

٢٠٦ ـ تمهيد وتقسيم :

التضامن عبارة عن وصف يلحق الالتزام فى أطرافه فيمتنع معه انقسامه(١٢) .

ويتخذ التضامن على هذا المعنى صورة من اثنتين له(١٣) .

الأولى : ويكون التضامن فيها ايجابيا ، وينشأ بين الدائنين . بحيث يكون لكل دائن منهم المطالبه بكل الدين وليس بحصته فقط .

الثانية : وفيها التضامن سلبيا ، وينشأ بين المدينين بحيث يلتزم أى مدين منهم بكل الدين .

ونبحث التضامن بصورتيه فى القانون لنعرض بعد ذلك التضامن فى الفقه الاسلامى .. وفى ضوء ذلك نقسم دراستنا فى هذا البحث الى المطالب الآتيـة :

المطلب الأول : التضامن الايجابى .

المطلب الثانى : التضامن السلبى .

المطلب الثالث : التضامن فى الفقه الاسلامى .

---

(١٢) فى هذا المعنى ، محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٣٤١ ، ص ٣٣٦ .

(١٣) راجع CARBONNIER op. cit., n. 134 p. 522.

Solidarite Passive,

Colidarite Active

MARTY ET RAYNAUG : op. cit., n. 777, p. 781.

المطلب الأول

التضامن الايجابى

LA SOLIDARTE ACTIVE

٢٠٧ ـ ندوته فى العمل ومصادره :

قلنا أن التضامن الايجابى يقوم بين عدة دائنين بحيث يكون لأى منهم ان يطالب بكل الدين ومن ثم لا تكون المطالبة مقصورة على حصته فقط ٠

والتضامن الايجابى بخلاف السلبى نادر الحدوث عملا ٠ وعلة ذلك(١٤) ترجع الى ما قد ينطوى عليه من خطورة من ناحية ونظرا لوجود الوسائل البديلة التى تحقق نفس الغرض المرجو منه من ناحية أخرى ٠ وعن الخطورة فانها تتمثل فى احتمال اعسار الدائن الدى استوفى الدين كله مما يعرض الباقى لضياع حقوقهم ٠ وعن البديل ، فانه اذا كان قوام التضامن الايجابى استيفاء دائن واحد حقوق كل الباقى ويجنبهم بذلك الاشتراك فى المطالبة ، فان يمكن الوصول الى نفس النتيجة بوسيلة أخرى مؤداها : توكيل الدائنين لأحدهم فى الاستيفاء ٠

وينحصر مصدر هذا التضامن فى الاتفاق ٠ اذ يتعين على الدائنين أن يتفقوا على أن يكون لكل منهم أن يطالب بكل الدين ويستوفيه ٠ وعلى ذلك ، فان هذا النوع من التضامن لا يفترض وجوده ولا ينشأ أيضا بنص فى القانون فلا يوجد مثال على ذلك(١٥) ٠

ولما كان هذا النوع من التضامن لا ينشأ الا بالاتفاق ، فانه يتقرر به أما لمصلحة الدائنين أو لمصلحة المدين ٠ ويكون لمصلحة الأولين لأنه يجنبهم ـ عدا الدائن الذى يتقدم للاستيفاء ـ المشاركة فى المطالبة بالدين واستيفائه وفى نفس الوقت يتيح للمدين ـ وأمام دائن واحد دون الباقى ـ فرصة الوفاء ومن ثم براءة الذمه عن كل الدين وفى مواجهة سائر الدائنين وذلك يجسد مصلحة المدين ٠

---

(١٤) راجع MARTY ET RAPNAUD : op. cit.,

(١٥) راجع فى الفقه العربى : محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٣٥٥ ، ص ٣٥٢

وفى الفقه الفرنسى : MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 778, p. 782.

راجع المادة ٣٤٢ مدنى كويتى ، ٢٧٩ مدنى مصرى بخصوص عدم افتراض التضامن ٠

٢٠٨ ـ آثار التضامن الايجابى :

ينتج عن التضامن الايجابى عدة آثار تتركز فى العلاقة بين الدائنين والمدين أولا وفى العلاقة بين الدائنين أنفسهم ثانيا .

٢٠٩ ـ أولا : آثاره فى العلاقة بين الدائنين والمدين :

هناك ثلاثة مبادىء تحكم التضامن الايجابى بآثاره فى العلاقة بين الدائنين والمدين :

١ ـ وحدة المحل .

٢ ـ تعدد الروابط .

٣ ـ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر .

٢١٠ ـ ١ ـ مبدأ وحدة المحل . l'unite d'objet

وفحواه أن محل الالتزام واحد لا يتجزأ بالنسبة لجميع الدائنين ويترتب على ذلك ما يأتى :

(أ) يجوز لأى دائن ان يطالب المدين بكل الدين (م. ١/٣٤٢ مدنى كويتى)(١٦) .

(ب) يكون للمدين أن يوفى الدين بتمامه لمن يختاره من دائنيه المتضامنين وليس لهذا الدائن أن يرفض استيفاء ما يزيد على نصيبه وبنفس القدر ليس فى مكنة المدين ان يفرض على أحد دائنيه المتضامنين وفاء يقدر نصيبه فى الدين اذ يعد ذلك وفاء جزئيا من حق الدائن ان يرفضه لأنه يتعارض مع جوهر التضامن .

(جـ) يحق لكل من الدائنين المتضامنين ان يعترض على وفاء المدين بكل الدين لأحدهم (م. ١/٣٤٣ مدنى كويتى) . لعله يتمكن بذلك من تجنب اعسار من استوفى كل الدين . فاذا حدث الاعتراض تعين على المدين أن يؤدى للمعترض قدر نصيبه فى الدين .

---

(١٦) مادة ٢٨١ مدنى مصرى .

(د) اذا توفى أحـد الدائنين المتضامنين ، فأن التضامن الايجابى لا يمنع انقسام الدين بين ورثته فى علاقتهم بالمدين · فلا يستطيع المدين أن يؤدى الا لكل وارث على حـدة ويقـدر حصته فى الميراث (كل ذلك الا اذا كان الدين غير قابل للانقسام) (م· ٢/٣٤٣ مدنى كويتى ـ ٢/٢٨٠ مدنى مصرى) ·

٢١١ ـ ٢ ـ مبدأ تعـدد الروابط Pluralite de liens...

ويعنى المبدأ ببساطه استقلال رابطة كل دائن بالمدين عن رابطة غيره من الدائنين به ·

ويرتب المبدأ بهـذا المعنى عـدة نتائج :

(أ) يتعين على كل دائن أن يأخـذ فى الاعتبار ما قـد يلحـق رابطتـه بالمدين ـ وهى مستقلة ـ من أوصاف كما لو كان الدين بالنسبة له معلقا على شرط أو مضافا الى أجـل ·

(ب) لا يجـوز للمدين اذا طالبه دائن من الدائنين المتضامنين ان يحتج ضـده بدفـوع تخص دائنا آخر · كما لو كان الدين قابلا للابطال بسبب عيب لحـق رضـا هـذا الآخر · كل ما هنـالك أن المدين يستطيع أن يتمسك ضـد هـذا الدائن بالدفـوع التى تخصـه وكذا بالدفـوع المشتركة بين كل الدائنين مثل الدفـع بعـدم المشروعيه (م· ٢/٣٤٢ مدنى كويتى ـ م· ٢/٢٨١ مدنى مصرى) ·

(ج) اذا برئت ذمة المدين قبـل أحـد الدائنين المتضامنين بسبب غير فلا تبرأ ذمته قبـل باقى الدائنين الا بقـدر حصـة الدائن الـذى برئت ذمة المدين قبله وقـد تضمنت هـذا الحكم المـادة ١/٣٤٤ من القانون المدنى الكويتى (م· ١/٢٨٢ مدنى مصرى·) ولعـل تبرير هـذا الحكم ـ تفريعا عن الأثر السابق أمر ممكن دون عنـاء لأن أسباب انقضاء الدين بغير الوفاء هى أسباب خاصة بمن ينقضى التزامه بسبب منها فلا يضار بها بقية الدائنين وتظـل ذمة المدين مشغولة بباقى الدين بالنسبة لهم[١٧] ·

الوفاء فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين الا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله وقد تضمنت هذا الحكم المادة ١/٣٤٤ من القانون المدنى الكويتى (م· ١/٢٨٢ مدنى مصرى)·ولعل تبرير هذا

---

(١٧) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، ص ١٨٧ ·

٢١٢ – ٣ – مبدا النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر :

تضمنت المادة ٢/٣٤٤ من القانون المدنى الكويتى مبدأ النيابة التبادلية بين الدائنين فيما ينفع لا فيما يضر اذ قالت « واذا أتى احد الدائنين المتضامنين عملا من شأنه الاضرار بغيره من الدائنين لم ينفذ هذا العمل فى حقهم » (م ٢/٢٨٢ مدنى مصرى) .

وكما يبين من النص ، فان جوهر هذا المبدأ يتمثل فى تحقيق مصلحة الدائنين المتضامنين بالا ينفذ فى حقهم اى عمل يقع من احدهم يكون من شأنه الاضرار بهم .

De l'idee de representation on titre encore d'autres conseque-nces en disant que les actes accomplis par un creancier profitent a tous mais ne sauraient nuire aux autres ......

وتطبيقا لهذا المبدأ اذا قطع احد الدائنين المتضامنين سريان التقادم بالمطالبة القضائية مثلا ، أو اعذر المدين ، استفاد من ذلك بقية هؤلاء الدائنين ، وعلى العكس من ذلك فانه اذا قام احد الدائنين وابرأ المدين من الدين ، فان ابراء مثل هذا لا يحدث اثره الا بالنسبة للدائن المبرىء فقط وبقدر حصته دون أن يضار الباقى . ونفس الأمر اذا صدر حكم لصالح المدين ضد احدهم ، كان مقصورا باثاره على المحكوم ضده فقط دون سائر الدائنين . والعكس صحيح اذا صدر الحكم ضد المدين لصالح احدهم .

٢١٣ – ثانيا : آثاره فى علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم :

لقد ارست المادة ١/٣٤٥ من القانون المدنى الكويتى (م ٢٨٣ مدنى مصرى) المبدأ الذى يحدد آثار التضامن فى علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم حين قالت « كل ما يستوفيه احد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعا ويقتسمونه بالتساوى الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

وفى ضوء هذا النص يمكننا القول بانه وآثار التضامن الايجابى فى علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين يحكمها ثلاثة مبادىء منها وحدة الدين ، فان مبدأ واحدا يحكم آثار هذا التضامن فى علاقة هؤلاء الدائنين ببعضهم

وهـو مبدأ تقسيم الدين بينهم . وبعبارة اخرى ، اذا كان الدين يعـد وحـدة لا تقبل التجزئة في علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين ، فانه ينقسم في علاقة هـؤلاء فيما بينهم(١٨) .

ومفاد انقسام الدين على هـذا الوجـه ، أن كل ما يستوفيه أحـد الدائنين المتضامنين يكون من حـــق سائر الدائنين أيضا ويقتسمونه جميعا وفقـــا لحصصهم في الاتفـاق المنشيء للتضامن والا كانت القسمة بالتساوي(٢٠) . كل ذلك ما لم يوجـد اتفـاق أو نص يقضي باستثناء الدائن المستوفي بكل الحـق . كمـا لو كان ســائر الدائنين مجرد وكلاء عن هـذا الدائن في القبض .

---

(١٨) راجع MARTY ET RAYNAUD : op. CA n. 778, __ 783.

(١٩) في هـذا المعنى : انور سلطان ، المرجع السابق ، رقم ٢٦٦ ، ص ٢٣٨ .

(٢٠) محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٢٥٦ ، ص ٣٥٣ .

المطلب الثانى

التضامن السلبى

LA SOLIDARITE PASSIVE

٢١٤ ـ تقسيم :

نتناول أولا تعريف التضامن فى هذه الصورة له مع بيان أهميته ومصادره ثم نعرض لآثاره ثانيا كل ذلك فى فرعين مستقلين •

الفرع الأول

تعريف التضامن السلبى وأهميته ومصادره

٢١٥ ـ تعريف :

ينبنى التضامن السلبى على تعدد المدينين بدين واحد فى مصدره بحيث يجوز للدائن مطالبتهم بالدين مجتمعين أو منفردين (م• ١/٣٤٦ مدنى كويتى ـ م• ١/٢٨٥ مدنى مصرى)(٢١) وينبغى أن نفرق بين الالتزام التضامنى Obligation Solidaire من ناحية والالتزام التضامنى Obligation in Solidum من ناحية أخرى • ففى الالتزام التضامنى نجد الدين واحدا وقد نشأ عن مصدر واحد بالرغم من عدد المدينين • اما فى الالتزام التضامنى ويسمى أحيانا بالمسئولية المجتمعه فيتعدد المدينون وبتعدد مصدر الدين أو يختلف ولو كان هذا الدين وحدا(٢٢) ومثال التضامم كما لو التزم شخصان بتعويض ثالث عن ضرر اصابه ، بحيث يكون مصدر التزام احدهما المسئولية العقدية أما الثانى فيكون مصدر التزامه المسئولية التقصيرية ويحدث ذلك اذا قام شخص بتحريض عامل على ترك العمل فى منشأة ارتبط الأخير مع صاحبها بموجب عقد عمل • فيكون العامل مسئولا عن اخلاله بعقد العمل ويلتزم بتعويض صاحب العمل على اساس المسئولية العقدية • ويكون المحرض مسئولا ايضا عن تعويض صاحب العمل عما أصابه من ضرر على أساس المسئولية التقصيرية(٢٣) •

---

(٢١) راجع فى تعريف التضامن السلبى وفقا للمادة ١٢٠٠ من القانون المدنى الفرنسى •
MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 780 :

(٢٢) راجع فى هذه التفرقة CARBONNIER op. cit., n. 134 bis, p. 525-528
MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 797-800, p. 800-805
MAZEAUD : op. cit., n. 1070-1072, p. 1000-1005

(٢٣) راجع هذا المثال وامثلة اخرى •
MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 798(p. 8028.

يضاف الى ما تقدم ، فى التفرقة بين التضامن والتضامم ، ان الأول قد يكون بين الدائنين أو بين المدينين أما الثانى فلا يكون الا بين مدينين . كذلك فالتضامن باعتباره وضعا يلحق الالتزام يتقرر اما باتفاق أو نص فى القانون بخلاف التضامم وتفرضه طبيعة الأشياء(٢٤) . يضاف الى ذلك أيضا فى التفرقة بين التضامن والتضامم ان مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر بحكم علاقة المدينين المتضامنين بخلاف المدينين بالالتزام التضاممى . هذا بخلاف فروق أخرى بينهما فى الآثار نعرض لها عند تناول آثار التضامن السلبى .

٢١٦ ـ اهمية التضامن السلبى ومصادره :

والتضامن السلبى ينبنى ـ كما ذكرنا ـ على تعدد المدينين على الرغم من وحدة الدين بحيث يستطيع الدائن أن يطالبهم بالدين مجتمعين أو منفردين ، يمكننا أن نقف دون عناء على مبعث أهمية هذا النوع من التضامن . ففى مطالبة الدائن للمدينين جميعا بكل الدين ضمان حقيقى يؤمنه خطر اعسار أحدهم هذا من جهة وفى مطالبة الدائن أحد المدينين بكل الدين واستيفائه منه ما يجنب هذا الدائن مشقه اجراءات التقاضى وعبء نفاقها(٢٥) . وانطلاقا من الأهمية تلك ، نجده كثير الوقوع فى الحياة العملية على خلاف التضامن الايجابى .

وعن مصادر التضامن السلبى ، نبرز بداية ما نصت عليه المادة ٣٤٢ مدنى كويتى (م. ٢٧٩ مدنى مصرى) بخصوص التضامن بصفة عامة اذ قالت « التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون وذلك مع مراعاة قواعد التجارة » .

وللوهلة الأولى ، يتضح من النص أن التضامن بصفة عامة ، ايجابى ـ كما نوهنا من قبل ـ أو سلبى لا يفترض فى وجوده . وعلة ذلك بالنسبة

---

(٢٤) MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 797, p. 801

راجع ايضا فى هذه التفرقة ونتائجها : السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، مشار اليه من قبل ، رقم ١٧٦ ، ص ٢٨٥ ، وما بعدها .

(٢٥) " En effet, la Solidarite' constitute une veritable surete debiteurs sera supportee par less codebiteurs. Sol Soirables pour le Creancier. Car grace a elle, l'insolvabilite de l'un dis et Ron __ar le creancier ".

V. MAZEAMD : op. cit., n. 1056, p. 929.

V. aussi: MARTY ET RAYNAUD : op. cit., p. 783, n. 780.

للتضامن السلبى بصفة خاصة ، ترجع فى نظرنا - كما أوضحنا عند بيان اهميته - الى أن هذا التضامن يخول الدائن ضمانا يجنبه مغبة اعسار أحد المدينين المتضامنين وذلك بمطالبة غيره الموسر منهم ونتيجة ذلك انتقال عبء اعسار أحدهم عن عاتق الدائن الى عاتق الموسر منهم . وليس من شك فى انه لم يكن هناك يد أمام المشرع والحالة هذه من أن يقرر عدم افتراض التضامن السلبى ووجوب نشوئه أما بالاتفاق أو بنص القانون . فتحمل المدينين المتضامنين - والفرض يسارهم - عبء اعسار أحدهم هو أمر يقتضى أما موافقتهم عليه واما الزامهم به بنص قانونى . لذا نرى المشرع وقد حصر مصادر ذلك النوع من التضامن فى الاتفاق ونص القانون .

ويهمنا هنا أن نبرز ملاحظة نعتقد فى أهميتها . ذلك أن حظر المشرع المدنى الكويتى لافتراض التضامن انما يقتصر فقط على الالتزامات المدنية دون التجارية . ويكون بذلك قد حسم خلافا فى الفقه احتدم ردحا طويلا من الزمن حول الموضوع[٣٦] .

وينشأ التضامن السلبى على ما تقدم ، عن اتفاق صريح أو ضمنى كما يمكن أن يتقرر بنص قانونى مثال ذلك ما نصت عليه المادة ١/٢٢٨ من القانون المدنى الكويتى من أنه « اذا تعدد الأشخاص الذين حدث الضرر بخطئهم التزم كل منهم فى مواجهة المضرور بتعويض كل الضرر » والتزامهم تضامنى أو على وجه الدقة تضاممى[٣٧] .

وقد نصت على تضامن المسئولين عن تعويض الضرر الناتج عن العمل غير المشروع المادة ١٦٩ مدنى مصرى . مثال ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ١/٦٩٢ مدنى كويتى من أنه « يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من تهدم أو خلل جزئى فيما شيداه من مبان أو اقاماه من منشآت ثابته وذلك خلال عشر سنوات من وقت اتمام البناء أو الانشاء ... » وهو الأمر الذى نصت عليه أيضا المادة ٦٥١ من القانون المدنى المصرى . ومن الأمثلة أيضا ما نصت عليه المادة ١/٧٥٩ مدنى كويتى بخصوص التزام الكفلاء بعقود متوالية ومسئولية كل كفيل منهم عن كل الدين . وما نصت عليه المادة ٧٦٦ مدنى كويتى من أن يكون الكفلاء متضامنين فى الكفالة القانونية أو القضائية أو التجارية[٣٨] .

---

(٣٦) راجع فى هذا الخلاف : محمد لبيب شنب ، المرجع السابق هامش رقم ٣ ، ص ٣٣٨ .

(٣٧) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، ص ١٥٩ .

(٣٨) قارن نص المادة ٧٩ من القانون المدنى المصرى بخصوص تضامن الكفلاء فى الكفالة القضائية او القانونية .

الفرع الثانى

آثار التضــامن السلبى

٢١٧ ـ نبحث آثار هـذا التضامن فى علاقــة المدينين المتضامنين بالدائن ، ثم آثاره فى علاقــة المدينين المتضامنين فيما بينهم ٠

٢١٨ ـ أولا : آثار التضامن السلبى فى علاقة المدينين المتضامنين بالدائن ٠

يحكم آثار هـذا التضامن فى علاقــة المدينين المتضامين بالدائن ثلاثة مبادىء أساسية هى :

١ ـ وحـدة المحـل ٠

٢ ـ تعـدد الروابط ٠

٣ ـ النيابه التبادلية فيما ينفـع ولا فيما يضر ٠

٢١٩ ـ ١ ـ مبدأ وحـدة المحـل :

ومؤدى المبدأ أن محـل الالتزام واحـد بالنسبة لجميع المدينين ٠ فمــا يلتزم به اى مدين هـو ما يلتزم به غيره من المدينين ويترتب على ذلك ما يأتى من آثار :

(أ) يكون للدائن الحـق فى مطالبة مدينيه المتضامنين معـا أو مطالبـة أحـدهم على سبيل الأفراد أو مطالبة بعضهم دون البعض ونصت على ذلك المادة ١/٣٤٦ مدنى كويتى (م٠ ١/٢٨٥ مدنى مصرى) ٠ واذا طالب احـدهم لا يجـوز له دفـع مطالبة الدائن بوجـوب تقسيم الدين ٠

(ب) يترتب على وفاء أحـد المدينين بالدين عينا أو بمقابل براءة ذمته وبراءة ذمة الباقين هكذا نصت المـادة ١/٣٤٧ مدنى كويتى (م٠ ٢٨٤ مدنى مصرى) ٠ فاذا رفض الدائن ان يستوفى الدين كله من أى مدين متضـامن كان لهـذا المدين أن يجبره على قبول الوفاء بأن يعرض الدين عليه عرضـا حقيقا ومن ثم تبرأ ذمته وذمة الباقى ٠

وتبرأ ذمة المدينين المتضامنين جميعا ايضا اذا تمت حوالة الدين من أحد المدينين المتضامنين الى شخص آخر الا اذا لم يرض هؤلاء بالحوالة ٠ ٢/٣٤٧ مدنى كويتى ٠ (م٠ ٢٨٤ مدنى مصرى) ٠

وتبرأ ذمة المدينين المتضامنين جميعا بتجديد الدين فى علاقة الدائن واحد المدينين المتضامنين ٠ ذلك ان مقتضى التجديد انقضاء الالتزام الأصلى بتوابعه وتأميناته لينشأ مكانه التزام جديد ومن تأمينات الالتزام الذى انقضى تضامن المدينين به ٠ كل ذلك ما لم يحتفظ الدائن بحقه قبل باقى المدينين المتضامنين رغم انقضاء الدين بالنسبة لأحدهم بالتجديد ٠ (م٠ ٣٤٨ مدنى كويتى ـ م٠ ٢٨٦ مدنى مصرى) ٠

وفوق ما تقدم ، تناول المشرع المدنى الكويتى حالتين ينقضى فيهما الالتزام بالنسبة لأحد المدينين قبل الدائن ويبقى الالتزام تضامنيا بالنسبة لسائر المدينين المتضامنين على الرغم من ذلك ٠

الحالة الأولى نصت عليها المادة ٣٤٩ من القانون المدنى الكويتى ونصها أنه « لا يجوز للمدين المتضامن ان يحتج بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر الا بقدر حصة هذا المدين الآخر » ٠ وعليه ، فاذا انقضى الدين بالمقاصة[٢٩] بين الدائن واحد المدينين المتضامنين امتنع على الدائن أن يرجع على هذا المدين ولا يبقى له الا الرجوع على بقية المدينين المتضامنين فيحق له مطالبة كل منهم ـ وبعد استنزال حصة من انقضى دينه قبله بالمقاصة ـ بجملة الدين[٣٠] أى أن الدين ينقضى بالنسبة لهم بقدر حصة هذا المدين ٠

اما الحالة الثانية فقد ضمنها المشرع الكويتى نص المادة ٣٥٠ من القانون المدنى هناك ، وتخص انقضاء الدين باتحاد الذمة بين أحد المدينين

---

(٢٩) La Compensation est Lixtimction de deux obligations de la mine espice. V. CARBONNIER op. cit., n. 132, p. 512

(٣٠) راجع حكم المادة ٢٨٧ مدنى مصرى ٠

المتضامنين من جهة والدائن من جهة اخرى · واتحاد الذمة[31] كما سنرى فيما بعد – عبارة عن اجتماع صفتى الدائن والمدين فى شخص واحد بالنسبة الى دين واحد · فاذا انقضى دين أحد المدينين المتضامنين قبل الدائن باتحاد الذمة عن طريق خلافة أحدهما للآخر ، اقتصر هذا الانقضاء بالنسبة لباقى المدينين على قدر حصة هذا المدين فقط[32] ·

(جـ) يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعا هكذا نصت المادة ٢/٣٤٦ من القانون المدنى الكويتى وكذلك يجوز له أن يحتج حسبما يقضى هذا بأوجه الدفع الخاصة به (راجع المادة ٢/٢٨٥ مدنى مصرى) · ومثال الدفوع المشتركة الدفع ببطلان الالتزام مطلقا لعدم المشروعية فى السبب أو المحل · أما الدفوع الخاصة فيمكن أن نمثل لها بالدفع المرتبط بعيوب ارادة المدين وتعرض له فى مجال تعدد الروابط ·

٢٢٠ – ٢ – مبدأ تعدد الروابط :

تتعدد رابطة المدينين المتضامنين بالدائن مما يعنى استقلال رابطة كل مدين منهم بالدائن عن رابطة غيره به ·

ويترتب على ذلك ما يأتى من آثار :

(أ) وجوب الاعتداد بكل وصف يلحق رابطة التزام أى مدين – وهى مستقلة – بالدائن · كما لو كان التزام احد المدينين مضافا الى اجل دون التزام الباقى أو لو كان الالتزام بجملته مضافا الى أجل بالنسبة لكل المدينين المتضامنين وسقط الاجل بالنسبة لأحدهم حيث يتعين على الدائن مراعاة ذلك فى المطالبة بحقه ·

---

(٣١) La Confusion : C'est Lievenement quireunit enune seute, La personne du debiteur et la personne du criancier par ex. quand L'une herited l'autre.

V. SAVATIER : op. cit., n. 320 p. 387.

(٣٢) راجع حكم المادة ٢٨٨ مدنى مصرى ·

(ب) اذا طالب الدائن أحـد المدينين المتضامنين بالوفاء امتنع عليـه أن يدفـع هـذه المطالبة بدفـع يخص مدينا آخر من هـؤلاء ٠ فاذا كان الدين قابلا للابطال بالنسبة لأحـد المدينين نظرا لعيب شاب ارادته امتنع على أى مدين آخر أن يتمسك بالدفـع بالبطلان حال مطالبه الدائن اياه بالوفاء ٠

(جـ) اذا انقضى الالتزام بالنسبة لأحـد المدينين المتضامنين لسبب لم يتحقق الا بالنسبة لـه ، بقى الالتزام تضـامنيا بالنسبة لسـائر المدينين ٠ ومن تطبيقات ذلك ما ذكرنا بخصوص انقضاء دين أحـد هـؤلاء المدينين بالمقاصـة واتحـاد الذمة وقـد أضاف المشرع المدنى الكويتى تطبيقات اخرى لذلك ٠ فقـد نصت المـادة ١/٣٥١ على أنه اذا أبرأ الدائن أحـد المدينين المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقين الا اذا صرح الدائن بذلك[٣٣] فاذا لم يصـدر منه هـذا التصريح كان له ــ وهـذا حكم الفقرة الثانية من النص المذكور ــ ان يطالب باقى المدينين المتضامنين بمـا بقى من الدين بعـد خصم حصـة المدين الذى أبدأه ٠ ومع ذلك يكون له أن يطالبهم بكل الدين اذا احتفظ لنفسه بهـذا الحـق ٠ وفى هـذه الحالة الأخيرة يكون لهـؤلاء المدينين حـق الرجـوع على المدين الذى صـدر الابراء لصالحه بمقـدار حصته فى الدين[٣٤] ٠ ويلاحظ أنه اذا قام الدائن وابرأ أحـد المدينين المتضامنين من التضامن فقط بقى حقـه فى الرجـوع على الباقى بكل الدين ما لم يتفق على غير ذلك (م٠ ٣٥٢ مدنى كويتى)[٣٥] ٠

وفى جميع الأحـوال التى يبرىء فيها الدائن أحـد المدينين المتضامنين من الدين أو التضامن يكون لباقى المدينين أن يرجعـوا عند الاقتضاء على هـذا المدين بنصيبه فى حصة من أعسر منهم (م٠ ١/٣٥٣ مدنى كويتى)[٣٦] على أنه اذا أخلى الدائن المدين الذى أبرأه من كل مسئولية عن الدين تحمـل الدائن نصيب هـذا المدين فى حصة من أعسر من المدينين ٠ (م٠ ٢/٣٥٣ مدنى كويتى)[٣٧] ٠

---

(٣٣) راجع حكم المـادة ١/٢٨٩ مدنى مصرى ٠

(٣٤) راجع حكم المـادة ١/٢٨٩ مدنى مصرى ٠

(٣٥) راجع حكم المـادة ٢٩٠ مدنى مصرى ٠

(٣٦) راجع حكم المـادة ١/٢٩١ مدنى مصرى ٠

(٣٧) راجع حكم المـادة ٢/٢٩٠ مدنى مصرى ٠

ومن التطبيقات ايضا ما نصت عليه المادة ١/٣٥٤ مدني كويتي من انه اذا امتنع سماع الدعوى بمرور الزمن بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين الا بقدر حصة هذا المدين ٠

ويلاحظ أن هذا النص يختلف في بعض عباراته عن نظيره المصري وان كان الحكم فيهما متماثلا في مضمونه فقد نصت المادة ١/٢٩٢ مدني مصري على انه اذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين الا بقدر حصة هذا المدين ٠ والواضح أن المشرع الكويتي قد استعمل عبارة مرور الزمن بخلاف المشرع المصري الذي استخدم عبارة التقادم ليكون النص الكويتي بذلك متمشيا فيما يستخدمه من مصطلحات مع الفقه الاسلامي في هذا الخصوص ٠

وفي الحقيقة ، فانه اذا دققنا النظر لوجدنا أن أمر اختلاف النصين (الكويتي والمصري) انما يتجاوز بكثير الاختلاف في عبارات استخدمها المشرع المدني في البلدين ٠ اذ الأمر يتعلق بنظامين قانونيين بخصوص مرور الزمان وأثره ، اخذ كل مشرع في بلد بواحد منهما ، ويختلفان بصورة جوهرية ٠

فالمشرع المدني الكويتي قد أخذ بأحكام مرور الزمن عن الفقه الاسلامي ٠ وغيبه لا يسقط الحق بمرور زمن او مضى مدة ٠ كل ما هنالك ان مرور الزمن هذا يمنع سماع الدعوى بالحق دون سقوطه عند انعدام العذر والانكار ٠

اما المشرع المدني المصري فقد أخذ بنظام تقادم الحق وسقوطه بمضي المدة ٠ وسوف نعرض لذلك تفصيلا فيما بعد في الباب المتعلق بأسباب انقضاء الالتزام ٠

٢٢١ — ٣ — مبدأ النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفع ولا فيما يضر :

لم يصرح المشرع المدني الكويتي ولا نظيره المصري بمبدأ النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين كما صرح به بالنسبة للدائنين المتضامنين ٠ وعلى كل حال فانه يمكن استخلاص هذا المبدأ من نص المادة ١/٣٥٥ مدني كويتي (م ٠ ١/٢٩٣ مدني مصري) اذ قالت : « لا يكون المدين المتضامن مسئولا فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام الا على فعله » ، ومفهوم ذلك أن كل مدين يسأل عن اي فعل يصدر منه بخصوص تنفيذ الالتزام ويكون من شأنه الاضرار بسائر المدينين المتضامنين ٠ وهذا هو جوهر مبدأ النيابة التبادلية بين هؤلاء فيما

ينفع لا فيما يضر • ومن تطبيقات ذلك ما نصت عليه المادة ٢/٣٥٤ مدنى كويتى (م• ٢/٢٩٢ مدنى مصرى) من أنه اذا انقطعت المدة المقررة لمنع سماع الدعوى أو اوقف سريانها بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين • والمعنى الواضح لذلك أنه لا نيابة تبادلية بين هؤلاء المدينين فيما يضرهم • وهو الحال فى حالة قطع او وقف سريان المدة المقررة لمنع سماع الدعوى •

ومن تطبيقات انعدام النيابة التبادلية أيضا بين المدينين المتضامنين فيما يضر(٣٨) ما نصت عليه المادة ٢/٣٥٥ مدنى كويتى (م• ٢/٢٩٣ مدنى مصرى) من أنه اذا اعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين او قضاة فلا يكون لذلك اثر بالنسبة الى باقى المدينين •

أما عن تطبيقات وجود النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفع ما جاء فى نهاية الفقرة الثانية من النص السابق وتقضى بأنه اذا اعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن استفاد من هذا الاعذار باقى المدينين •

كذلك ما نصت عليه المادة ٢/٣٥٧ مدنى كويتى (م• ٢/٢٩٥ مدنى مصرى) من أنه اذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين الى أحد المدينين المتضامنين فحلفها استفاد من ذلك باقى المدينين •

نضيف ايضا ما نصت عليه المادة ٢/٣٥٨ مدنى كويتى (م• ٢/٢٩٦ مدنى مصرى) من انه اذا صدر حكم لصالح احد المدينين المتضامنين استفاد منه الباقى ما لم يكن الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه •

كذلك ما نصت عليه المادة ٣٥٦ مدنى كويتى فى صددها (م• ٢٩٤ مدنى مصرى) من أنه اذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن

---

(٣٨) راجع تطبيقات اخرى / ما نصت عليه م٣٥٦ مدنى كويتى فى عجزها بخصوص للصلح الذى يبرمه الدائن مع احد المدينين المتضامنين وكان من شأنه ان يرتب فى ذمة هؤلاء التزاما او يزيد فيما هم ملتزمون به •

كذلك ما جاء فى المادة ١/٣٥٧ ، ٢ مدنى كويتى بخصوص اقرار احد المدينين المتضامنين بالدين او نكوله عن اليمين او توجيهه الى الدائن يمينا حلفها فلا يضار باقى المدينين • كذلك ما نصت عليه المادة ١/٣٥٨ بخصوص صدور حكم ضد احد المدينين المتضامنين فلا يحتج به على الباقين •

الصلح الابراء من الدين او براءة الذمة منه بأى وسيلة أخرى استفاد منه الباقون ٠

٢٢٢ ـ ثانيا : آثار التضامن السلبى فى علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم ٠

اذا كان التضامن يمثل عقبة تمنع انقسام الالتزام فان ذلك لا يكون الا فى علاقة المدينين بالدائن ٠ أما فى علاقتهم فيما بينهم فالأصل هو انقسام الالتزام[٣٩] ولما كان الأمر كذلك فان النتيجة النهائية هى أنه اذا قام أحد المدينين واوفى بالدين كان له الرجوع على باقى المدينين ٠ على أنه اذا كان احد المدينين معسرا فى هذا الرجوع تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذى وفى ومعه سائر المدينين ٠ ونبحث انقسام الالتزام ورجوع المدين الموفى ٠

(أ) انقسام الالتزام :

ينقسم الالتزام فى علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم ، مما ينتج معه فى النهاية القول بأن كل مدين يلتزم بحصته ٠ والمرجع فى تحديد الحصص المصدر المنشىء للتضامن سواء كان اتفاقا او نصا قانونيا ٠ فاذا لم تتحدد الحصص فى المصدر المنشىء للتضامن كانت الحصص متساوية ٠ (م٠ ٢/٣٥٩ مدنى كويتى ـ م٠ ٢/٢٩٧ مدنى مصرى) وهو ما نصت عليه المادة ١٢١٣ من القانون المدنى الفرنسى ٠ واستثناء على الأصل ماثل فى وجوب انقسام الدين بين المتضامنين ، نصت المادة ٣٦٠ مدنى كويتى على انه اذا كان احد المدينين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين تحمل به كله فى علاقته بالباقين ٠ وهو نفس الحكم الذى نصت عليه المادة ٢٩٩ مدنى مصرى ٠ وهو الحكم الذى نصت عليه المادة ١٢١٦ من القانون المدنى الفرنسى ٠ كما لو كان احد المدينين هو المدين الأصلى والباقى ضمان له ٠

٢ ـ رجوع المدين الموفى على غيره من المدينين :

يكون رجوع احد المدينين المتضامنين على غيره من المدينين اذا قام بوفاء كل الدين او حتى جزء منه ما دام هذا الجزء يزيد على حصته ٠ وعليه لا يجوز له هذا الرجوع اذا قام بوفاء حصته فقط ٠

ويكون رجوع المدين على غيره من المدينين كل بقدر حصته (م٠ ١/٣٥٩ مدنى كويتى ـ ١/٢٩٧ مدنى مصرى) ٠ ويتقيد رجوع المدين بهذا القدر

(٣٩) راجع MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 790, p. 792.

الاعسار أحد المدينين ، اذ يستنزل فى رجوعه على الباقى نصيبه فى حصة من أعسر (م. ٣/٣٥٩ مدنى كويتى ـ م. ٢٩٨ مدنى مصرى) .

ويتحدد رجوع المدين على الوجه المتقدم بأكمله بطريقين :

الأول : ويكون بدعوى شخصية أما باعتباره وكيلا أو باعتباره فضوليا تبعا لما اذا كان مصدر التضامن الاتفاق أو النص على التوالى .

الثانى : ويكون بدعوى الحلول وفقا لحكم المادة ١/٣٩٤ مدنى كويتى (م. ١/٣٢٦ مدنى مصرى) . والحلول هنا قانونى بغض النظر عما اذا كان التضامن اتفاقيا او قانونيا . وللمدين الموفى الخيار بين الدعويين .

وبعد ما تقدم ، نذكر كما نوهنا من قبل بفارق بين التضامن السلبى والتضامم بخصوص آثار كل منهما . اذ ينقسم الدين فى علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم بحيث يكون لمن وفى منهم ان يرجع على سائر المدينين كل بقدر حصته . أما فى الالتزام التضاممى فانه وان كان يقبل الانقسام أحيانا بين المدينين به كما هو الحال فى المسئولية المجتمعه فليس دائما . اذ يمكن ان نتصور أحد المدينين به وقد أوفى ومع ذلك لا يرجع على غيره من المدينين ، ويتحمل من ثم العبء النهائى . كما لو اوفى المؤمن بمبلغ التامين للمضرور حيث لا يجوز له أن يرجع على المسئول الآخر بما أدى .

٢٢٣ ـ التضامن بين المدينين وأحكامه فى المشروع المصرى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية :

سبق أن ذكرنا ـ فى مجال التضامن بين الدائنين ـ ان المادة ٢٢٦ من المشروع قد نصت على أن التضامن بين المدينين لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون .

أولا : وعن آثار هذا التضامن فى علاقة المدينين المتضامنين بالدائن ، نصت المادة ٢٧١ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين ، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين .

٢ ـ ولا يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعا » .

وواضح أن النص يعالج من آثار التضامن السلبي في النطاق المتقدم ذكره بعض الآثار المتفرعة عن مبدأ وحدة المحل ومن تعدد الروابط كما أوضحنا من قبل • وهذه المادة المقترحة من المشروع تطابق المادة ٢٨٥ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٣٤٦ من القانون المدني الكويتي •

أما المادة ٢٧٢ من المشروع فقد نصت على أنه « اذا أوفى أحد المدينين الدين برئت ذمة الباقين » •

والمادة المقترحة هذه ، وهي تعالج اثرا من آثار التضامن على الوجه المتقدم ، تطابق المادة ٢٨٤ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق أيضا الفقرة الأولى من المادة ٣٤٧ من القانون المدني الكويتي •

ثانيا : وفي نطاق آثار التضامن على الوجه المتقدم • وارتباطا بمبدأ وحدة المحل فانه اذا كان يترتب على وفاء أحد المدينين المتضامنين براءة ذمته ومن معه من المدينين ، فان ذمة هؤلاء تبرأ أيضا بتجديد الدين في علاقة الدائن بأحد المدينين • ونصت على هذا الحكم المادة ٢٧٣ من المشروع اذ قالت : « يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقي المدينين الا اذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم » •

وهذه المادة المقترحة تطابق المادة ٢٨٦ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق أيضا المادة ٣٤٨ من القانون المدني الكويتي •

اضافة الى الأحكام السابقة ، نصت المادة ٢٧٤ من المشروع على ما يأتي :

« لا يجوز للمدين المتضامن أن يحتج بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر الا بقدر حصة هذا المدين » •

وهذه المادة المقترحة من المشروع تطابق المادة ٢٨٧ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق أيضا المادة ٣٤٩ من القانون المدني الكويتي •

ونصت المادة ٢٧٥ من المشروع على أنه « اذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين ، فان الدين لا ينقضي بالنسبة الى باقي المدينين الا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع الدائن » • والمادة على هذا النحو تطابق المادة ٢٨٨ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٣٥٠ من القانون المدني الكويتي •

اما المـادة ٢٧٦ من المشروع فقـد نصت على ما يأتى :

« ١ ـ اذا أبرأ الدائن أحـد المدينين المتضامنين ، فـلا تبرأ ذمة الباقين الا اذا صرح الدائن بذلك ٠

٢ ـ فاذا لم يصـدر منه هـذا التصريح ، فليس له أن يطالب باقى المدينين المتضامنين الا بما يبقى من الدين بعـد خصم حصـة المدين الذى أبرأه الا أن يكون قـد احتفظ بحقـه فى الرجـوع عليهم بكل الدين ٠ وفى هـذه الحالة يكون لهم حـق الرجـوع على المدين الذى صـدر الابراء لصالحه بحصته فى الدين ٠

والمـادة تطابق المـادة ٢٨٩ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المـادة ٣٥١ من القانون المدنى الكويتى ٠

وقـد عرضنا للنصوص السابقة من القانون المدنى الكويتى والقانون المدنى المصرى الحالة عند دراستنا لآثار التضامن السلبى فى علاقـــة المدينين المتضامنين بالدائن ٠

ثالثا : وفى اطار آثار التضامن السلبى فى علاقة المدينين المتضامنين بالدائن أيضا نصت المـادة ٢٧٧ من المشروع على ما يأتى :

« اذا أبرأ الدائن أحـد المدينين المتضامنين من التضامن ، بقى حقـه فى الرجـوع على الباقين بكل الدين ، ما لم يتفـق على غير ذلك » ٠

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٢٩٠ من القانون المدنى المصرى الحـالى ، كما تطابق أيضا المـادة ٣٥٢ من القانون المدنى الكويتى ، وقـد أشرنا الى النصين الأخيرين فيما سـبق ٠

وفى الاطار السابق أيضا نصت المـادة ٢٧٨ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ فى جميع الأحـوال التى يبرىء فيهـا الدائن أحـــد المـدينين المتضامنين ، سواء كان الابراء من الدين أم من التضامن ، يكون لباقى المدينين أن يرجعـوا عند الاقتضاء على هـذا المدين بنصيبه فى حصة المعسر منهم ٠

٢ ـ على أنه اذا أخلى الدائن المدين الذى أبرأه من كل المسئولية عن الدين ، فان الدائن هـو الذى يتحمل نصيب هـذا المدين فى حصة المعسر »

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٢٩١ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المـادة ٣٥٣ من القانون المدنى الكويتى ٠

رابعا : وفى نفس الاطار السابق وعلى أساس مبدأ تعـدد الروابط الذى درسناه من قبل ، نصت المـادة ٢٧٩ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ اذا امتنع سماع الدعـوى بسبب التقـادم بالنسبة لأحـــد المدينين المتضامنين ، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين الا بقـدر حصـة هـذا المـــدين ٠

٢ ـ اذا انقطعت المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى أو وقف سريانها بالنسبة لأحـد المدينين المتضامنين ، فـلا يجـوز للدائن أن يتمسك بذلك قبـل باقى المدينين » ٠

ولا يخفى أن النص يتضمن تطبيقا للنيابة التبادلية بين المدينين فيما ينفـع لا فيما يضر ٠

وعلى كل حال ، فان هـذه المـادة تطابق المـادة ٣٥٤ من القانون المدنى الكويتى ٠

أما عن النص المقابل من القانون المدنى المصرى الحالى لنص المـادة المذكورة من المشروع فيجب أن يلاحظ اختلاف الحكم بينهما من زاوية مسلك المشروع اسلاميا وكونه أخـذ بمنع سماع الدعـوى لمرور الزمن دون أن يؤثر ذلك على الحـق ذاته ٠ وفى هـذا يختلف النص المدنى المصرى الحالى وهـو نص المـادة ٢٩٢ حيث يتكلم عن انقضاء الدين بالتقـادم ٠

خامسا : وعن النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفـع لا فيما يضر قررت المـادة ٢٨٠ من المشروع فى فقرتها الأولى ما يمكن ان نسميه مبدأ فى هـذا الصـدد اذ قالت : « لا يكون المدين المتضامن مسئولا فى تنفيذ الالتزام الا عن فعله » ٠ وأضافت فى فقرتها الثانية « واذا أعـذر الدائن أحـد المدينين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة الى باقى المدينين ٠ أما اذا أعـذر أحـد المدينين المتضامنين الدائن ، فان باقى المدينين يستفيدون من هـذا الاعـــذار » ٠

وقـد أورد المشروع عـدة تطبيقات لمبدأ النيابة التبادلية :

التطبيق الأول : وجاء بالمـادة ٢٨١ ونصها كالآتى : « اذا تصالح الدائن مـع أحـد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الابراء من الدين أو براءة الذمة منه بأى وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقـون ، اما اذا كان من شأن هـذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاما أو ما يزيد فيما هم ملتزمون به ، فانه لا ينفـذ فى حقهم الا اذا قبـلوه » ٠

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٢٩٤ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المـادة ٣٥٦ من القانون المدنى الكويتى ٠

التطبيق الثانى : وجاء به المشروع فى المـادة ٢٨٢ ونصها كالآتى :

« ١ ــ اذا أقر أحـد المدينين المتضامنين بالدين ، فلا يسرى هـذا الاقرار فى حـق الباقـين ٠

٢ ــ واذا نكـل احـد المدينين المتضامنين عن اليمين او وجـه الى الدائن يمينا حلفها ، فلا يضار بذلك باقى المدينين ٠

٣ ــ واذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين الى أحـد المدينين المتضامنين فحلف ، فان المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك » ٠

والمـادة تتضمن فى الواقـع اكثر من تطبيق ٠ وهى تطابق المـادة ٢٩٥ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المـادة ٢٥٧ من القانون المدنى الكويتى ٠

والتطبيق الثالث ، نصت عليه المـادة ٢٨٣ من المشروع على النحو التالى :

« ١ ــ اذا صـدر حكم على أحـد المدينين المتضامنين فلا يحتج بهـذا الحكم على الباقـين ٠

٢ ــ أما اذا صـدر الحكم لصالح أحـدهم فيستفيد منه الباقـون الا اذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذى صـدر الحكم لصالحه » ٠

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٢٩٦ من القانون المدنى المصرى الحالى ،

كما تطابق ايضا المـادة ٣٥٨ من القانون المدنى الكويتى ٠ وقـد درسنا النصين من قبـل ٠

سادسا : وفى آثار التضامن فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم مع بعض نصت المادة ٢٨٤ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ اذا وفى احد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقين الا بقدر حصته فى الدين ، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن ٠

٢ ـ وينقسم الدين اذا وفاه احد المدينين حصصا متساوية بين الجميع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » ٠

وهذه المادة تطابق المادة ٢٩٧ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق أيضا الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٣٥٩ من القانون المدنى الكويتى ٠ وسبق لنا دراسة حكم النصين ٠

وفى آثار التضامن فى علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم أيضا ، نصت المادة ٢٨٥ من المشروع على ما يأتى :

« اذا أعسر احد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذى وفى بالدين ، وسائر المدينين الموسرين ، كل بقدر حصته » ٠

وهذه المادة تطابق المادة ٢٩٨ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق أيضا الفقرة الثالثة من المادة ٣٥٩ من القانون المدنى الكويتى ٠ ودرسنا فيما سبق حكم النص الكويتى مع الاشارة الى حكم هذا النص من القانون المدنى المصرى الحالى ٠

ونصت المادة ٢٨٦ من المشروع على ما يأتى :

« اذا كان احد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، فهو الذى يتحمله كله نحو الباقين » ٠ وهذه المادة تطابق المادة ٢٩٩ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المادة ٣٦٠ من القانون المدنى الكويتى ٠

المطلب الثالث

التضامن فى الفقه الاسلامى

أولا : تضامن الدائنين

٢٢٤ ـ تصور التضامن بين الدائنين فى الفقه الاسلامى :

يمكن تصور التضامن بين الدائنين المتعددين فى الفقه الاسلامى اذا ما وكل أحدهم غيره فى قبض الدين ٠ ويكون ذلك بصفة خاصة فى الديون المشتركة حيث يوكل أحد الدائنين غيره فى قبض حصته ٠ وما ذلك الا تطبيق لقاعدة فى الفقه الاسلامى نصت عليها مجلة الأحكام العدلية فى المادة ١٤٥٩ اذ قالت « يصح أن يوكل واحد غيره فى الأمور التى يجوز له أن يباشرها بنفسه وبايفاء واستيفاء كل حق متعلق بالمعاملات » ٠

ولما كان من الجائز فى الفقه الاسلامى أن يوكل الشخص غيره فى استيفاء حقه(٤٠) ، جاز لدائن ضمن دائنين متعددين أن يوكل أحدهم فى قبض حصته على ما ذكرنا ٠

وقد اجازت المادة ٩٦٥ من مرشد الحيران التوكيل بقبض الدين بصفة عامة حين قالت « يجوز التوكيل بتقاضى الدين وقبضه من غير رضا الخصم سواء كان الموكل حاضرا أم غائبا صحيحا أم مريضا » ٠

وقد نصت على الوكالة بقبض الدين المادتان ١٢٥٤ ، ١٢٥٥ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد ابن حنبل ٠ ومن فروض التضامن الايجابى بين الدائنين فى الفقه الاسلامى ما يسمى بالدين المشترك ٠ وهو الدين الذى لشخصين فأكثر بذمة ثالث بسبب واحد على حد قول المادة

---

(٤٠) راجع الوكالة فى قبض الديون عند الشافعية : المهذب ، الشيرازى ، مشار اليه من قبل الجزء الاول ، نهاية ص ٣٥٥ وبداية ص ٣٥٦ ٠

وقد أجاز الوكالة فى قبض الدين واستيفاء الاموال ٠

ويقول ايضا فى ص ٢٥٧ : « لا يجوز التوكيل الا فى تصرف معلوم ٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠ وان قال وكلتك فى قبض جميع ديونى صح لانه يعرف ماله ودينه ٠٠٠٠٠ وان قال اقبض ما شئت من ديونى جاز لانه عرف ماله ودينه » ٠

١٨٠٠ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد ابن حنبل(٤٠) • ومنه ما نصت عليه المادة ١٨٠٢ من هذه المجلة بخصوص ما اذا بيع او اجر مال مشترك صفقة واحدة فالثمن والاجرة دين مشترك بين الشركاء في ذلك المال وكذا لو اقرض اثنان مالا مشتركا بينهما فهو دين مشترك •

وعن أحكام هذا الدين المشترك وما ينطوى عليه من تصور للتضامن بين الدائنين ما نصت عليه المادة ١٨٠٣ من مجلة الاحكام الشرعية من انه اذا اخر أحد الشريكين فى الدين المشترك الحال حقه جاز ، وليس له أن يؤخر حق شريكه ، وهذا التأخير لا يمنعه من مطالبة ولا مقاسمه الشريك الآخر فيما يقبضه من الدين المشترك • كذلك ما نصت عليه المادة ١٨٠٤ من مجلة الاحكام الشرعية سالفة الذكر من انه اذا قبض احد الشريكين من الدين المشترك دون اذن شريكه فللشريك الآخر أن يأخذ من القابض بنسبة حصته(٤١) • الا يعد ذلك كله اثرا من آثار التضامن الايجابى فى علاقة الدائنين فيما بينهم ؟ الا يتفق مع حكم المادة الأولى والثانية ما جاء فى المادة ١/٣٤٥ مدنى كويتى (م• ٢٨٣ مدنى مصرى) من مبدأ مؤداه : ان كل ما يستوفيه احد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعا ويقتسمونه بالتساوى الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ؟ •

٢٢٥ ـ مبادىء تحكم التضامن بين الدائنين فى الفقه الاسلامى •

رأينا ونحن نتكلم عن آثار التضامن الايجابى بين الدائنين فى القانون المدنى عدة مبادىء تحكم آثار هذا التضامن على الاخص فى علاقة هؤلاء الدائنين بالمدين •

(أ) مبدأ وحدة المحل •

(ب) مبدا تعدد الروابط •

(جـ) مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر •

ونتساءل الا يمكن تصور هذه المبادىء بمعناها وآثارها فى الفقه الاسلامى ؟

---

(٤١) « اذا كان لاثنين او اكثر فى ذمة آخر دين ناشىء من سبب واحد فهو دين مشترك ••••••• » (م ١٠٩١ من مجلة الاحكام العدلية) •

(٤٢) راجع فى هذا المعنى حكم المادة ١١٠١ من مجلة الاحكام العدلية ونصها كالآتى :

« ما يقبضه كل واحد من الدائنين من الدين المشترك يكون مشتركا بينهما وللشريك الآخر اخذ حصته منه ولا يسوغ للقابض أن يختص به وحده » •

ان ردا بالايجاب على هـذا التساؤل يمكن الوصول اليـه بتحليل نقـوم به ، نقف من خـلاله على أن القانون المدنى ، الكويتى والمصرى ، لا يختلف عن الفقـه الاسـلامى بشأن مايحكم التضامن بين الدائنين من مبادىء ٠

٢٢٦ ـ ١ ـ مبدأ وحـدة المحـل : فانه يعنى فى القانون المدنى أن محل الالتزام أى الدين واحـد بالنسبة لجميع الدائنين المتضامنين ٠ ومن آثار ذلك فى القانون المدنى كما بينا من قبـل انه لا يجـوز للمدين أن يفرض على أحـد دائنيه المتضامنين وفاء بقـدر نصيبه فى الدين وقلنا ان عـنه ذلك ترجـع الى ان وفاء مثل هـذا يعـد جزئيا ويتعارض مـع التضامن ٠ ونرى ان هـذا التصور لمبدأ وحـدة المحـل وما يرتبه من اثر ليس الا تطبيقا لما جاء فى المادة ١٨٠٨ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل ونصت على انه « ليس للمدين دينا مشتركا بسبب متحـد أن يخص بعض الشركاء بوفاء حقـه او بعضـه ٠٠٠٠٠٠ » ٠ أليس فى الدين المشترك بسبب متحـد ما ينبىء وبوضـوح عن تصـور لمبدأ وحـدة المحـل كما جاء بالقانون المدنى ؟ أليس فى منع النص للمدين بالدين المشترك من الوفاء لبعض الشركاء بحقـه أو جزء منه نفس تصور الوفاء الجزئى الممنوع قانونا فى حالة تضامن المدينين باعتباره اهـدارا لمبدأ وحـدة المحـل ؟

٢٢٧ ـ ٢ ـ مبدأ تعـدد الروابط :

ذكرنا ان معناه فى الفقـه القـانونى يتمثل فى أن رابطـة كل دائن بالمدين تكون مستقلة عن رابطة غيره من الدائنين به ٠ وان من الآثار المترتبة على ذلك انه على الدائن أن يأخـذ فى الاعتبار ما قـد يلحق رابطته بالمدين ـ وهى مستقلة ـ من اوصاف ، كأن يكون الدين مضافا الى اجـل او معلقا على شرط ٠ وهـذا التصـور القانونى لمبدأ تعـدد الروابط بأثره ليس سوى ترجمة لما جاء بالمادة ١٨٠٣ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل من انه ليس لأحـد الشريكين فى الدين المشترك الحال أن يؤخر حـق شريكه وان آخر حقـه هـو جاز ٠ الا يعنى ذلك ان كل دائن مستقل برابطته بالمدين وما يلحقهـا من أوصـاف ؟ ٠

٢٢٨ ـ ٣ ـ مبدأ النيابة التبادلية بين الدائنين فيما ينفع لا فيما يضر :

قلنا أن هـذا المبدأ تضمنته المـادة ٢/٣٤٤ مدنى كويتى (مادة ٢٨٢ مدنى مصرى) ويعنى أنه اذا أتى أحـد الدائنين المتضامنين عمـلا من شـأنه الاضرار بغيره من الدائنين لم ينفـذ هـذا العمل فى حقهم ٠

ولا نرى فى ذلك سوى اعمال لما جاءت به المادة ١٧٩٩ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل اذ قالت : « يجبر الشريك على موافقة شريكه فى دفع مضرة أو ابقاء منفعة » ٠ وقد جاء ذلك فى النص بمناسبة الدين المشترك لشخصين فى ذمة ثالث مما يعنى شركة ملك بينهما ٠ أنيس فى ذلك ما يعنى أن ما يأتيه دائن بدين مشترك لا يسرى فى حق غيره من الدائنين الا اذا كان نافعا وليس ضارا ؟ أليس فى ذلك ما يجسد فكرة النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر ؟ ويؤكد ذلك قول المادة ١٨٠٩ من مجلة الأحكام المذكورة أن « ابراء أحد الشريكين فى الدين المشترك ينفذ فى حقه دون حق شريكه » ومؤدى ذلك أن قيام أحد الدائنين بالدين المشترك بابراء المدين لا ينفذ فى حق غيره من الدائنين لأنه ضار بهم ٠ فليس من شك فى أن ذلك يؤكد فكرة النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر ٠

ثانيا : تضامن المدينين

٢٢٩ — تضامن المدينين معروف فى الفقه الاسلامى ٠ ويظهر ذلك بصفة خاصة فى الكفالة ٠ ولنا فى نصوصه ما يدل على ذلك ٠

جاء فى القواعد فى الفقه الاسلامى لابن رجب الحنبلى « فاذا ضمن اثنان دين رجل لغريمه فهل كل واحد منهما ضامن لجميع الدين أو بالحصة ؟ على وجهين : احدهما كل منهما ضامن للجميع ، نص عليه أحمد فى رواية رجل له على رجل ألف درهم فكفل بها كفيلان كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذ جميع حقه منه »[43] ٠

---

(٤٣) القواعد فى الفقه الاسلامى ، للحافظ ابى الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى — سبق الاشارة اليه ، القاعدة الثالثة عشرة بعد المائة ، ص ٢٥٤ ٠

وتنص المادة ١١٢٣ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب احمد بن حنبل على ما ياتى « يصح تعدد الضمانات فى الحق الواحد ، فلو قال كل واحد منهم ضمنت لك الحق صار كل منهم ضامنا لجميع الحق ٠٠٠٠٠٠٠ » ٠

(٤٤) وقريب من ذلك عند الشافعية ما ذكره الشيرازى فى المهذب بخصوص ضمان الدين « ويجب بالضمان الدين فى ذمة الضامن ولا يسقط عن المضمون عنه ٠٠٠٠٠٠٠ ويجوز للمضمون له مطالبة الضامن والمضمون عنه لان الدين ثابت فى ذمتها ، فكان له مطالبتها فان ضمن عن الضامن ثالث جاز لانه ضمان دين ثابت فجاز كالضامن الاول » ٠

وجاء فى المادة ١٩٠ من مرشد الحيران أنه « اذا كان على عدة أشخاص دين وكان كل منهم كفيلا بجميعه عن أصحابه فللغريم أن يطالب به من شاء منهم ومطالبته لأحد منهم لا تمنعه من مطالبة الآخرين فان دفع أحد منهم الدين بتمامه برئ الآخرون وللدافع الرجوع على أصحابه بما دفعه زائدا على ما هو واجب عليه أن كانت الكفالة بأمرهم واذا كان أحد منهم معسرا فلا يلزم الآخرين شيء من حصته » .

يتضح لنا من النص أنه لو تعدد المسئولون عن دين واحد وكان كل منهم كفيلا اى ضامنا لكل الدين وعن جميع الكفلاء جاز للدائن ان يطالب أيا منهم بكل الدين . وليس من شك فى أن مفهوم التضامن السلبى فى القانون المدنى الذى عرضنا له من قبل لا يختلف عن هذه الصورة للتضامن بين المدينين فى الفقه الاسلامى . فالتضامن بين المدينين ينبنى — فى الفقه الاسلامى والقانون — على تعدد المدينين بدين واحد فى مصدره بحيث يجوز للدائن مطالبتهم بالدين مجتمعين أو منفردين(٤٥) .

٢٣٠ — وبخصوص احكام التضامن بين المدينين وآثاره نجدها لا تختلف فى القانون عنها فى الفقه الاسلامى . ففى الأخير وحسبما يتضح لنا من النصوص المذكورة يجوز للدائن ان يطالب بالدين كل المدينين مجتمعين او يطالبهم على سبيل الأفراد . واذا أوفى أحد منهم بكل الدين كان له حق الرجوع على باقى المدينين كل بقدر حصته . ليس هذا فحسب بل ان المدين الذى اوفى على هذا الوجه يتقيد فى رجوعه بنصيبه فى حصة من اعسر من المدينين . كل هذه الأحكام والآثار لتضامن المدينين فى الفقه الاسلامى كما وردت فى المادة ١٩٠ من مرشد الحيران تتفق معها أحكام التضامن بين المدينين فى القانون المدنى .

---

(٤٥) راجع حكم المادة ٦٤٤ من مجلة الاحكام العدلية بخصوص مطالبة الدائن للاصيل والكفيل ، ٦٤٧ بخصوص تعدد الكفلاء .

وقارن : ابن جزى المالكى ويقول : اذا أخذ ضامنين بحقه فليس على احدهما الا نصف الحق الا ان يكون اخذهم فى موطنين فكل واحد منهما ضامن لجملة الحق . وكذلك اذا ضمنا بحكم الخيار أو ضمن كل واحد الآخر .

قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٥٤ .

المبحث الثانى

عـدم قابلية الالتزام للانقسام

L' INDIVISIBILITE

٢٣١ ـ تعريف عـدم القابلية للانقسام وانواعـه :

يكون الالتزام غير قابل للانقسام اذا امتنع تجزئة الوفاء به بالنسبة لأطرافه المتعـددين من الناحية الايجابية (الدائنين) أو من الناحية السـلبية (المدينين) وذلك لان طبيعة المحـل الذى يرد عليـه لا تقبل التجزئة(٤٦) ٠

وعـدم قابلية الالتزام للانقسام كما ترجـع الى طبيعة المحـل الذى يرد عليه ليقـال أن عـدم الانقسام طبيعى فقـد ترجـع أيضا الى الاتفـاق عليها ليقـال ان عـدم الانقسـام اتفاقى ٠

ويكون عـدم الانقسام طبيعيا اذا كان المحـل الذى يرد عليه الالتزام غير قابل للتجزئة عند التنفيذ ٠ وفى هـذا المعنى نصت المـادة ١/٣٦١ مدنى كويتى (مادة ١/٣٠٠ مدنى مصرى) ٠ كما لو كان محـل الالتزام يتمثل فى تسليم حيـوان حى(٤٧) ٠

ويكون عـدم الانقسام اتفاقيا ، اذا اتجهت ارادة ذوى الشأن صراحة او ضمنا الى عـدم تجزئة الالتزام عند الوفاء أو التنفيذ ولو كانت طبيعة المحـل الذى يرد عليه تقبلمثل هـذه التجزئة ٠

ويستفاد الاتجاه الضمنى للارادة نحـو عـدم تجزئة الالتزام من الغرض الذى رمى اليـه المتعاقـدان ٠

ويستفاد الاتجاه الضمنى للارادة اذا تبين من الغرض الذى رمى اليـــه المتعاقـدان ان الالتزام لا يمكن تنفيذه على سبيل التجزئة ٠٠ هكذا نصت المـادة ٢/٣٦١ مدنى كويتى (مادة ٣٠٠/ب مدنى مصرى) ٠

---

(٤٦) راجع MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 768 p. 775.

(٤٧) راجع V. aussi : MAZEAUD : op. cit., no. 1075, p. 1005.

كما لو اشترى شخص قطعة أرض وكان البائع عدة أشخاص كانت الأرض على ملكيتهم • فالتزام هؤلاء بتسليم الأرض لا يتجزأ فى تنفيذه سيما اذا بان ان غرض المشترى هو البناء عليها •

٢٣٢ ــ آثار عدم القابلية للانقسام :

فى بيان آثار عدم القابلية للانقسام نفرق - حسبما تقضى به النصوص ــ بين حالة تعدد المدينين وتعدد الدائنين •

١ ــ اذا تعدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزما بوفاء الالتزام كاملا ، وللمدين الذى وفى حق الرجوع على الباقين كل بقدر حصته الا اذا تبين من الظروف غير ذلك • ومن هذه الظروف اذا كان محل الالتزام تسليم حيوان حى وقام أحد المدينين المتعددين بالالتزام بالتسليم بتنفيذه • اذ لا رجوع له على الباقين • (مادة ٣٦٢ مدنى كويتى ــ مادة ٣٠١ مدنى مصرى) •

٢ ــ اذا تعدد الدائنون فى التزام غير قابل للانقسام أو تعدد ورثة الدائن فى هذا الالتزام جاز لكل دائن او وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملا • فاذا اعترض احد الدائنين او الورثة على ذلك كان المدين ملزما بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو بايداع الشىء محل الالتزام خزانة ادارة التنفيذ • (مادة ٣٦٣ مدنى كويتى - مادة ٣٠٢/١ مدنى مصرى) •

واذا استوفى الالتزام احد الدائنين رجع عليه الباقى منهم كل بقدر حصته هكذا نصت المادة ٣٦٣ مدنى كويتى فى عجزها (مادة ٣٠٢/٢ مدنى مصرى) •

٢٣٣ ــ الالتزام غير القابل للانقسام فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعه الاسلامية فى المعاملات المالية :

أولا : فى تعريف هذا الالتزام نصت المادة ٣٨٧ من المشروع على ما يأتى : « يكون الالتزام غير قابل للانقسام :

(أ) اذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم •

(ب) اذا تبين من الغرض الذى رمى اليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما ، أو اذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك » •

وهذه المادة تطابق المادة ٣٠٠ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المادة ٣٦١ من القانون المدنى الكويتى •

ثانيا : فى بيان آثار عـدم القابلية للانقسام فى حالة تعـدد الدائنين نصت المـادة ٣٨٨ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ اذا تعـدد الدائنـون فى دين غير قابل للانقسام ، أو تعـدد ورثة الدائن فى هـذا الالتزام ، جاز لكل دائن او وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملا ، فاذا اعترض أحـد الدائنين أو الورثة على ذلك ، كان المدين ملزما بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين او ايداع الشىء محـل الالتزام .

٢ ـ ويرجـع الدائنون على الدائن الذى استوفى الالتزام ، كل بقـدر حصـــته » .

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣٠٢ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المـادة ٣٦٣ من القانون المدنى الكويتى .

ثالثا : وعن آثار عـدم القابلية للانقسام فى حالة تعـدد المدينين . نصت المـادة ٢٨٩ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ اذا تعـدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا .

٢ ـ وللمدين الذى وفى بالدين حـق الرجـوع على الباقين ، كل بقـدر حصته الا اذا تبين من الظروف غير ذلك » .

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣٠١ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق أيضا المـادة ٣٦٢ من القانون المدنى الكويتى .

٢٣٤ ـ الالتزام غير القابل للانقسام فى الفقـه الاسلامى :

ان فكرة الالتزام غير القابل للانقسام معروفة فى الفقه الاسلامى . ونبرز هنا ما نعتقده تطبيقا من تطبيقاتها فيه . فقـد نصت المـادة ١٦٤٢ من مجلة الأحكام العـدلية على أنه « ...... يصح لأحـد الورثة أن يدعى بدين للميت فى ذمة آخر وبعـد الثبوت يحكم بكل الدين المذكور لجميع الورثة ولكن ليس لوارث المدعى أن يقبض منه الا حصـــته ولا يمكنه أن يقبض حصص ســائر الورثة » .

ومفهومنا للنص ، أنه يجـوز لوارث الدائن ـ وفى حالة تعـدد الورثة ـ أن يطالب ، ابتداء ، بكل الدين ، لكنه لا يأخـذ فى الاستيفاء الا حصته فقط . وفى هـذا الفرض ما يعنى أن الدين وحتى الحكم به غير منقسم بالنسبة لأطرافه من الناحية الايجابية .

الباب الثالث

انتقال الالتزام

٢٣٥ - تمهيد وتقسيم :

رأينا ان الاصل فى الالتزام اثناء حياته ان يكون بسيطا ومنجزا • الا انه قد يلحق به ما يعدل فى هذا التنجيز وتلك البساطة • وقد عرضنا فى ذلك للشرط والاجل • وذكرنا ان هذا كله لا يؤثر فى جوهر الالتزام • هذا الجوهر الذى تحول من النظرة الشخصية - والالتزام فيها لا ينفك عن شخص طرفيه الى نظرة مادية يختلط فيها الالتزام بمحله حيث القيمة الاقتصادية له • والفارق بين النظرتين على نحو ما ذكرنا من قبل يتلخص فى أنه والالتزام فى الاولى رابطة بين شخصين فلا يتصور بقاؤه مع تغير طرفيه أو احدهما بخلاف الثانية ، والعبرة فيها بالاداء فانه يتصور بقاء الالتزام على الرغم من تغير طرفيه او أحدهما • وتبعا للاخيرة ، اجازت التشريعات انتقال الالتزام من الناحية الايجابية ومن الناحية السلبية • ويسمى انتقاله فى الاولى حوالة الحق ، وفى الثانية حوالة الدين •

ونخصص لكل منها فصلا •

الفصل الأول

حوالة الحق

LA CESSION DE CREANCE

٢٣٦ ـ حوالة الحق عبارة عن عقد يتمكن بمقتضاه دائن من نقل حقه لدى مدينه الى شخص ثالث يصير دائنا للاخير بدل الاول(١) • فاطراف حوالة الحق ثلاثة :

(أ) المحيل — Le Cedant

وهو الدائن الاصلى بالحق والذى يقوم بنقله •

(ب) المحال له — Le Cessionnaire

وهو من انتقل اليه الحق وصار دائنا بدلا من المحل •

(ج) المحال عليه — Le Cede

وهو المدين بالحق •

فما هى شروط هذه الحوالة وما آثارها ؟ وما تصور الفقه الاسلامى لها ؟

وتاسيسا على ما تقدم ، نقسم دراستنا فى هذا الفصل الى المباحث الاتية :

المبحث الأول : شروط حوالة الحق

المبحث الثانى : آثار حوالة الحق

المبحث الثالث : حوالة الحق فى الفقه الاسلامى

---

(١) انظر فى تعريف حوالة الحق MAZEAUD : op. cit., n. 1255, p. 1139

RIEG (AL Fred) : Cession de Creance : Encycl ju ridique 2ed, t. 2, 1970.

GAUDEMET (E) : Theorie des Obligations, Paris, 1937, p. 453 ets.

المبحث الأول

شروط حوالة الحق

٢٣٧ ـ فى بحث شروط هذه الحوالة ، نتناولها على طائفتين ، الاولى ونتكلم فيها عن شروط انعقادها ، أما الثانية فنخصصها لشروط نفاذها ·

ونخصص لكل منها مطلبا ·· هـذا وقد تناول المشرع المدنى الكويتى حوالة الحق وأحكامها فى المواد ٣٦٤ ـ ٣٧٦ (مادة ٣٠٣ و ٣١٤ مدنى مصرى) ·

المطلب الأول

شروط انعقاد حوالة الحق[٢]

٢٣٨ ـ تعد حوالة الحق من العقود الرضائية وتخضع ـ شأنها فى ذلك شأن أى عقد ـ للقواعد العامة فى ابرام العقود من حيث وجوب توافر الرضا والمحل والسبب هـذا من جهة · ومن جهة اخرى يجب أن يجىء الرضا خاليا من العيوب وهى الغلط والتدليس والاكراه ، اضافة الى وجوب توافر الاهلية لدى طرفى هـذا الرضا · وتختلف الاهلية حسبما اذا كانت الحوالة تبرعية أو بعوض ·

فاطراف الحوالة هما المحيل والمحال له وتنعقد برضائهما · اذ لا يشترط رضا المحال عليه لانه ليس طرفا فيها · اذ يستوى لديه أن يفى بالدين لهذا أو ذاك · رد على ذلك ، انه ليس فى حوالة الحق من الدائن الآخر اضرار بالمدين يوجب رضاءه لانعقاد الحوالة[٣] · ونصت المادة ٣٦٤ مدنى كويتى على أن حوالة الحق تتم دون حاجة الى رضاء المدين وهو ما نصت عليه أيضا المادة ٣٠٣ مدنى مصرى ·

---

(٢) راجع : MAZEAUD : op. cit. n. 1259. p. 1141 et s.
MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 805, p. 810.

(٣) السنهورى ، الوسيط ج ٣ ، رقم ٢٦٠ ، ص ٤٦٧ ·

وكما أشرنا فانها يمكن أن تكون بعوض يؤديه المحـال له للدائن • وفي هـذه الحالة تعد ـ اذا كان العوض نقديا ـ بيعا وتخضع لاحكامه • كما يمكن أن تكون على سـبيل التبرع أي دون مقابل • وفي هـذه الحـالة تعد هبـه وتخضـع لاحكامها (٤) •

وما دامت حـوالة الحق من العقود الرضـائية ، فان التراضي يكفي لانعقادها اذ لم يستوجب للقانون – ابتداء ـ شكل معين في حوالة الحق • واستثناء على ذلك يمكن أن تكون الحـوالة شكلية لذا كانت بدون مقابل حيث تعتبر هبـه على نحـو ما ذكرت الان ومن ثم يجب أن تستوفي شروط الهبـه شـكلا وموضوعا •

وننبـه هنـا بشأن رضـائية حوالة الحق كأصـل ، الى انه يجب عدم الخلط بين هـذه الرضـائية وما تنص عليه المـادة ٣٦٩ مدني كويتي من وجـوب قيـام المحيـل بتسـليم المحـال له سند الحق به • فالمشرع الكويتي لم يقصـد اعتبار هـذا التسـليم ركنـا في حـوالة الحـق ولكنـه طريق للتنفيذ وهـو ما نبه عنه الفقه الفرنسي بخصوص حـكم مماثل للسابق وتتضمن المـادة ١٦٨٩ من القانون المدني الفرنسي (٥) •

٢٣٩ ـ وبالنسبة للمحل باعتباره ركنـا في حوالة الحق ، فانه يتمثل في الحق المحال به الذي ينتقل الى المحـال له باتفاقه مع المحيل • والاصـل أن الحـوالة يمكن أن ترد على جميع الحقوق الشخصية أيا كان محلها ولا تقتصر فقط على الحالة التي يتمثل فيها محل الحق في دفع مبلغ نقدي (٦) •

ويلاحظ أيضـا أن الحـق الشخصي يقبل الحوالة أيا كانت طبيعته مدنية أو تجارية (٧) ليس هـذا فحسب بل ان هـذه الحقوق تقبل الحوالة سواء كانت موصوفة أو غير موصوفة (٨) • اضـافة الى ما تقدم ، يمكن أن يكون محـلا للحوالة أيضـا مـا هو محتمل أو مسـتقبل من هـذه الحقوق بشرط

MARTY et RAYNAUD : op. cit.,
MAZEAUD : op. cit., n. 1259, p. 1142.
MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 807, p. 811.
MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 806, p. 810
SAVATIER : op. cit., n. 269. p. 330.
MARTY et RAYNAUD : op. cit.,

اكتمال عنصر تكوينه(٩) . مثال ذلك ان يقوم مقاول بتحويل حقه قبل صاحب العمل الى شخص آخر ولو قبل بدء أعمال البناء ولكن بعد ابرام العقد . كذلك يجوز لمؤلف تعاقد مع ناشر على نشر مؤلفه لقاء مقابل نقدى أن يقوم بتحويل حقه قبل الاخير ولو قبل التأليف ما دامت الحوالة بعد ابرام العقد مع الناشر .

واستثناء على ما تقدم لا تجوز حوالة بعض الحقوق اما بالاتفاق او النص على ذلك وربما لا تسمح طبيعة الحق بتحويله . فقد يتفق الطرفان على عدم جواز حوالة حق نشأ عن عقد معين . فجواز حوالة لا يتعلق بالنظام العام كما نصت على ذلك المادة ٣٦٤ مدنى كويتى (مادة ٣٠٣ مدنى مصرى) . فقد أجازت حوالة الحق ما لم يقض الاتفاق أو النص بغير ذلك .

وقد ينص القانون على منع حوالة بعض الحقوق التى لا يجوز الحجز عليها كما هو الحال بالنسبة للنفقة . ونصت على ذلك المادة ٣٦٥ مدنى كويتى (مادة ٣٠٤ مدنى مصرى) بقولها « لا تجوز حوالة الحق الا بقدر ما يكون منه قابلا للحجز » (١٠) اضافة الى ذلك قد تستعصى طبيعة الحق على امكان حوالته لا سيما اذا كانت شخصية الدائن به محل اعتبار . كما فى دين النفقة حيث يلتزم شخص بالانفاق على آخر لصلة صداقة مثلا (١١) .

المطلب الثانى

شروط نفاذ حوالة الحق

٢٤٠ – عرضنا فى المطلب السابق لشروط انعقاد الحوالة بين طرفيها وهما المحيل له . ويبقى بعد ذلك أن نتساءل عن نفاذها . ليس من شك فى أن الحوالة تكون نافذة بين طرفيها بمجرد انعقادها . أما نفاذها فى مواجهة الغير فلا يكون الا بتوافر شرطين هما : قبول المدين للحوالة ، او اعلانه بها . ونصت على الشرطين المادة ٣٦٦ من القانون المدنى الكويتى (مادة ٣٠٥ مدنى مصرى) .

والغير فى حوالة الحق يقصد به كل من لم يكن طرفا فى عقد الحوالة ، ويشمل المدين وأى شخص آخر غير المحيل والمحال له .

ولا تكون الحوالة نافذة فى حق الغير – حسبما يقضى النص السابق – الا بقبول المدين للحوالة و اعلانه بها . وهذا منطقى اذ لا يتصور التزام

MARTY et RAYNAUD : op. cit.

(9) r. aussi : MAZEAUD : op. cit., n. 1256, p. 1140 et n. 1258, p. 1141.

(١٠) مثال ذلك أيضا حظر المشرع الفرنسى حوالة الحق فى تعويض اضرار الحرب MAZEAUD : op. cit.

(١١) محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٣٦١ ، ص ٣٦٠ .

المدين بالوفاء للمحال له بدلا من الدائن المحيل الا اذا كان يعلم بالحوالة ، والعلم بها يكون بقبوله لها أو اعلانه بها ٠

٢٤١ – وعن قبول المدين للحوالة :

يلاحظ أن هذا القبول باعتباره شرطا لنفاذ الحوالة فى مواجهة الغير يختلف تبعا لما اذا كان هذا الغير هو المدين أو شخص آخر ٠ فاذا كان الغير هو المدين فان مجرد قبوله الحوالة يكفى لسريانها ونفاذها فى حقه ٠

أما اذا كان مقصود الغير هو كل شخص لم يكن طرفا فى عقد الحوالة غير المدين فلا تنفذ الحوالة فى حقه الا بقبول المدين لها وأن يكون هذا القبول ثابت التاريخ ونصت على ذلك المادة ٣٦٦ مدنى كويتى سابقة الذكر ٠

ولا يشترط شكل خاص فى قبول المدين للحوالة ، فيمكن ان يكون القبول مدونا على عقد الحوالة او فى محرر مستقل ٠

ولنا على قبول المدين للحوالة باعتباره شرطا لنفاذها ملاحظتان نعتقد فى أهميتهما :

الملاحظة الاولى :

كنا نفضل لو أن المشرع المدنى قد تكلم عن علم المدين بالحوالة حتى تكون نافذة فى مواجهة الغير وأن العلم يتحقق بقبول المدين لها اضافة الى اعلانه بها بطبيعة الحال ٠ وذلك بدلا من استخدام لفظ « قبول » لان هذا اللفظ قد يثير فى الاذهان (١٢) أن ثمة دورا لهذا المدين فى عقد الحوالة ذاته وهذا غير صحيح على ما ذكرنا ٠ اذ ان دوره سلبى بحت ٠

الملاحظة الثانية :

نود أن ننبه من خلالها الى أن قبول المدين للحوالة يجب أن يفهم فى حدود مقصوده ولا يحمل بأكثر مما يعنى ٠ فقبول مثل هذا لا يعنى أكثر من أنه مجرد اعتراف من المدين بوقوع حوالة حق الدائن قبله الى شخص آخر ٠ وعلى ذلك فليس لهذا القبول دلالة و معنى فى اعتراف المدين بالدين ٠ وبعبارة أخرى ، أن قبول المدين للحوالة طريق يتحقق باقتضاء علمه بها ولا يعنى اعترافه بالدين ٠

---

(١٢) ونص المادة ٣٦٦ مدنى كويتى كالاتى « لا تكون الحوالة نافذة .... الا اذا قبلها المدين او اعلنت له ، على ان نفاذها ...... بقبول المدين ..... » ٠ والنص مطابق للمادة ٣٠٥ مدنى مصرى ٠

٢٤٢ - اعلان المدين بالحوالة :

يكون اعـــلان المدين بالحوالة بأى ورقة رســـمية مثل ورقة التكليف بالحضور ، يتم اعلانها بطلب المحيل أو المحال له (١٣) · وعلى ذلك فلا يجوز الاعلان بخطاب موصى عليه ولو فى المسائل التجارية (١٤) ·

٢٤٣ - ويجدر التنويه الى ان المشرع قد يتشدد فى شروط نفاذ الحوالة فى حق الغير فلا يجعل مناطه مجرد قبول المدين أو اعلانه بها بل يستوجب اضافة الى ذلك اجراء آخـر · مثال ذلك لو كان الحق المحال به مضمونا برهن ، فان حـوالة هـذا التأمين لا تنفذ فى حق الغير الا اذا تم التأشير بها على هامش القيد الاصلى للرهن · وقد نصت على هـذا الحكم المـادة ٩٣٣ مدنى كويتى فى فقرتها الثانية وتقضى بأنه لا يصـح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون برهن مقيد الا اذا حصـــل التأشير بذلك فى هامش القيد الاصـــلى وهو الحـــكم الذى نصـــت عليه ايضـــا المـادة ١٠٥٣ من القانون المـــدنى المصرى فى فقرتها الثانية ·

ونود أن نشير اضافة الى ما تقدم أيضا أن هناك حالات لم يستوجب المشرع قبول المدين أو اعلانه بحوالة حق الدائن قبله الى شخص آخر حتى تكون هـذه الحوالة نافذة فى حق الغير · ويظهر ذلك فى محيط الاوراق التجارية مثل الكمبيالة · اذ يمكن تحويلها بمجرد التظهير · ليس هـذا فحسب بل يمكن أن ينتقل ملكية الحق الثابت فيها بمجرد التسليم اذا كانت لحاملها ·

٢٤٤ - العلم الفعلى لا يغنى عن القبول او الاعلان :

رأينـا أن حوالة الحق لا تكون نافذة فى حق الغير الا بقبول المدين لهـا أو اعلانه بها · وعلة ذلك كما ذكرنا أن المنطق يقضى بأن يكون المدين على علم بالمحال له الذى حل محل الدائن ·

أما وقـد حـدد المشرع طريقتين للعلم همـا القبول والاعلان ، فاننـا نتساءل عن قيمة العلم الفعلى ؟

---

(١٣) MAZEAUD : op. cit. m. 1260, p. 1142.

(١٤) MARTY et RAYNAUD : op. cit. m. 809, p. 812.
MAZEAUD : op. cit.

فاذا علم المدين بالحوالة فعلا دون قبوله لها او اعلانه بها هل تنفذ فى حق الغير على المعنى المتقدم لذلك ؟ فى تقديرى ، ان العلم الفعلى لا يقوم مقام العلم عن طريق القبول والاعلان . ذلك ان علما مثل هـذا ، ومهما استطاع ذو المصلحة أن يثبته بل ولـو اقر به المدين نفسه ، ليس كافيا لنفاذ الحوالة فى حق الغير . اذ متى رسم القانون طريقا محـدودا للعلم بتصرف معين فلا يجوز استظهار العلم الا بهـذا الطريق(١٥) .

(١٥) السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٢٦٨ ، ص ٤٨١ .

المبحث الثانى

آثار حوالة الحق

٢٤٥ ـ طائفتان من الآثار :

نفرق بشأن آثار حوالة الحق طائفتين لهذه الآثار :

الطائفة الاولى : ونتناول فيها آثار حوالة الحق بين طرفيها المحيل والمحال له ٠

الطائفة الثانية : ونبرز فيها آثار هذه الحوالة فى العلاقة بين طرفيها من جهة والغير من جهة أخرى ٠

ونبحث آثار حوالة الحق بين طرفيها اولا ، ثم نبحث آثارها بالنسبة للغير ثانيا ، ونخصص لكل منهما مطلبا ٠

المطلب الأول

آثار حوالة الحق بين طرفيها

٢٤٦ ـ اولا ـ انتقال الحق :

يتمثل الاثر الجوهرى لحوالة الحق ، فى انتقال الحق المحال به من المحيل الى المحال له ٠ والحق ينتقل على هذا النحو بما يلازمه من صفات وما يلحقه من توابع وما يضمنه من تامينات ٠ هكذا كان تعيين المادة ٣٦٨ مدنى كويتى للحق الذى ينتقل كاثر للحوالة ، وبهذا الحكم تختلف عن النص

المقابل من القانون المدنى المصرى ، اذ نصت المادة ٣٠٧ منه على أن حوالة الحق تشمل ضماناته مثل الكفالة والرهن والامتياز كما تشمل ما حل من فوائد وأقساط ، والاختلاف الجوهرى بين النصين يتمثل فى جانب منه فى أن النص الكويتى قد استبعد شمول الحوالة لما أسماه النص المصرى « فوائد » وذلك جريا على أحكام الشريعة الاسلامية فى تحريم الفوائد الربوية ، هذه الاحكام التى يعد النص المصرى مخالفا لها بكل تأكيد ، أما الجانب الاخر للاختلاف الجوهرى بين النصين فيبرز اذا أدركنا اغفال النص الكويتى لشمول حوالة الحق للاقساط ، وجاء فى تبرير المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى لذلك بأن القواعد العامة تقتضى شمول حوالة الحق للأقساط دون حاجة الى نص خاص عليه (١٦) وتقديرنا أن هذه الاقساط تعد جزءا من أصل الحق ،

وحق الدائن (المحيل) ينتقل بصفاته الى المحيل ، فاذا كان تجاريا أو مدنيا انتقل كذلك ،

واذا كان حق الدائن مضمونا برهن أو كفالة أو امتياز انتقل الضمان مع الحق على أثر حوالته (١٨) ،

٢٤٧ ـ ثانيا : التزام المحيل بضمان وجود الحق :

اذا كانت الحوالة بعوض ، التزم المحيل بضمان وجود وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك ، أما اذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يكون المحيل ضامنا حتى لوجود الحق (مادة ٣٧١ مدنى كويتى ـ مادة ٣٠٨ مدنى مصرى) وهو الحكم الذى نصت عليه أيضا المادة ١٦٩٣ مدنى فرنسى[١٩] ، وبناء على ذلك يضمن المحيل اذا لم يوجد الحق وقت الحوالة أو كان موجودا وانقضى لأى سبب وقت الحوالة ، ولا يضمن اذا وجد الحق وقت الحوالة وانقضى فيما بعد لأى سبب مثل التقادم ، لا يضمن المحيل أيضا ـ اذا كانت الحوالة بغير عوض ـ حتى وجود الحق

---

(١٦) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، ص ١٩١ ،

(١٧) راجع فى الفقه الفرنسى : SAVATIER : op. cit., n. 267, p. 327

(١٨) وهو حكم المادة ١٦٩٢ مدنى فرنسى ، راجع
MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 811, p. 821.

(١٩) راجع MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 814 p. 815.

ويلاحظ أن بعضا من أحكام الضمان السابقه لا يتعلق بالنظام العام اذ يمكن الاتفاق على مخالفة حكمها أما بالتشديد أو التخفيف وفى مجال تشديد الضمان يمكن الاتفاق على أن يضمن المحيل يسار المدين ٠ وفى هذا تقول المادة ٣٧٢ من القانون المدنى الكويتى « اذا ضمن المحيل يسار المدين فلا ينصرف هذا الضمان الا الى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك (راجع مادة ٣٠٩ مدنى مصرى) ٠

ومفهوم هذا النص فى تقديرنا يذهب باستعمال (اذا) الشرطية فى صدره الى أن ضمان المحيل ليسار المدين يتقرر بالاتفاق عليه وليس مصدره هذا النص لأن أداة الشرط فى صدر النص يعنى أن الأمر متروك لارادة الطرفين فى حوالة الحق ٠ وفى حالة الاتفاق على هذا النوع من الضمان ، فان ضمان المحيل ليسار المدين يجب ألا يتجاوز وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك ٠ وكأن النص – وقد أجاز الاتفاق على أن يضمن المحيل يسار المدين – حدد هذا الضمان فى مداه من حيث المبدأ وحصره فى وقت الحوالة ٠ واذا أراد الطرفان مدى أكثر بعدا لهذا الضمان تعين تحديده فى الاتفاق المنشىء لهذا النوع من الضمان ٠ وفى الحقيقة ، أن ما دفعنا الى تفسير النص الكويتى المذكور على الوجه المتقدم ، ما قد تثيره عبارة « ما لم يتفق على غير ذلك » التى جاءت فى عجز النص من أن ضمان المحيل ليسار المدين قد تقرر بهذا النص ويمكن الاتفاق على مخالفته(٢٠) ٠

وفى مجال الاتفاق على تشديد أحكام الضمان بصفة عامة ذهب رأى فى الفقه المصرى الى القول بأن من صور ذلك الاتفاق على أن المحيل يضمن وجود الحق وقت الحوالة اذا كانت بغير عوض(٢١) ٠ ويكفى أن نشير فى

---

(٢٠) ونرى فى صياغة النص المصرى الوضوح الأكثر اذ قال فى المادة ٣٠٩ من القانون المدنى :

« ١ – لا يضمن المحيل يسار المدين الا اذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان ٠

٢ – اذا ضمن المحيل يسار المدين فلا ينصرف هذا الضمان الا الى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك » ٠

ونعتقد ان هذه الصياغة لها من الوضوح ما يجنبها اللبس الذى يمكن أن يثيره النص الكويتى ٠

(٢١) راجع ، محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٣٦٧ ، ص ٣٦٦ ٠

هذا الصدد الى ان جواز الاتفاق على مخالفة أحكام الضمان لانها لا تتعلق بالنظام العام هو امر يرجع فيه الى النصوص المتضمنة لأحكام الضمان ومعرفة ما اذا كان المشرع قد اجاز الاتفاق على ما يخالفها ام لا ٠ واذا رجعنا الى النص في القانون المدنى الكويتى (مادة ٣٧١) والنص المصرى المقابل (مادة ٣٠٨) وهما متماثلان في الحكم تماما لوجدنا المشرع في البلدين يجيز في الفقرة الأولى من النصين الاتفاق على مخالفة أحكام الضمان الواردة في هذه الفقرة فقط ، وتخص ضمان المحيل لوجود الحق وقت الحوالة اذا كانت الحوالة بعوض ٠ اذ قال بعد أن أورد أحكام هذا الضمان على هذا النحو « ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » أما الضمان في الحوالة التبرعية بغير عوض فقد تكلم عنه المشرع في البلدين في الفقرة الثانية من النصين المذكورين قولا بعدم ضمان المحيل حتى لوجود الحق ٠ دون أن يتبع ذلك بعبارة «ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك » وخلاصة ذلك كله أن جواز الاتفاق على مخالفة أحكام الضمان وقرره مشرع البلدين في الفقرة الأولى من النصين هو امر يقتصر على أحكام الضمان الواردة في هذه الفقرة فقط ولا يتعداه الى حكم الضمان الوارد في الفقرة الثانية من النصين بخصوص الحوالة التبرعية والذى لا يجوز الاتفاق على حكم يخالفه ٠ وبعبارة أخرى فان القاعدة الخاصة بضمان المحيل لوجود الحق وقت الحوالة اذا كانت الحوالة بعوض هى قاعدة مكملة ٠ أما القاعدة الخاصة بعدم ضمان المحيل حتى لوجود الحق اذا كانت الحوالة بغير عوض فهى قاعدة آمرة ٠

أما بالنسبة للاتفاق على تخفيف أحكام الضمان فمن صورة الاتفاق على ان المحيل لا يضمن وجود الحق المحال به وقت الحوالة اذا كانت هذه الحوالة بعوض ٠

٢٤٨ ـ ثالثا : ضمان المحيل لفعله الشخصى :

يضمن المحيل للمحال له اضافة الى ما تقدم فعله الشخصى ٠ وفى هذا تنص المادة ٣٧٤ مدنى كويتى على ما يأتى : « يكون المحيل مسئولا عن تعويض المحال له عما يلحقه من ضرر بسبب افعاله الشخصية ولو كانت الحوالة بغير عوض » ويتضح من النص أن فحوى التزام المحيل بضمان فعله الشخصى انما يتمثل في وجوب الامتناع عن أى عمل يضر بالمحال له كما لو ادى عمله هذا الى منع المحال له أو تعويقه عن الحصول على الحق من المحال عليه ٠ ويتحقق ذلك لو لجأ المحيل الى مطالبة المحال عليه بعد ابرام الحوالة ٠

ويلاحظ أن ضمان المحيل لفعله الشخصى يقوم سواء كانت الحوالة بعوض أو بغير عوض ٠

اضافة الى ذلك ، فان هذا الضمان يقوم ولو اشترط المحيل فى الحوالة عدم ضمان فعله الشخصى ٠ فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٤ مدنى كويتى على بطلان مثل هذا الشرط ٠ وفى القانون المدنى المصرى وردت أحكام ضمان المحيل لفعله الشخصى فى المادة ٣١١ وتتفق مع النص الكويتى ٠

٢٤٩ ـ رابعا : جزاء اخلال المحيل بالتزامه بالضمان :

اذا أخل المحيل بأحكام الضمان التى ذكرناها فى البند ثانيا بخصوص ضمان وجود الحق وضمان يسار المدين ورجع المحال له عليه فان المحيل لا يلتزم « الا برد ما أخذه من المحال له مع المصروفات ولو وجد اتفاق يقضى بدفع أكثر من ذلك » ٠ هكذا نصت المادة ١/٣٧٣ مدنى كويتى ٠

وتجدر الاشارة الى ان هذا النص الكويتى بفقرته الأولى هذه انما يختلف عن النص المصرى المقابل من القانون المدنى بخصوص الحالة التى نحن بصددها حيث يخل المحيل بضمان وجود الحق أو ضمان يسار المدين ٠

اذ قال المشرع المصرى فى المادة ٣١٠ بأن المحيل لا يلتزم « الا برد ما استولى عليه من الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك » ٠ والمعنى الواضح للنص المصرى يلزم المحيل برد ما أخذه اضافة الى الفوائد والمصروفات ٠ ويختلف بذلك عن النص الكويتى الذى لم يضمن النص التزام المحيل برد الفوائد جريا على أحكام الفقه الاسلامى الذى يحرم ذلك ٠

وفى اخلال المحيل بضمان وجود الحق أضاف نص المادة ٣٧٣ فى فقرته الثانية حكما لم ينص عليه المشرع المصرى ويخص علم المحيل بعدم وجود الحق بذمة المدين ٠ حيث أوجب النص على هذا المحيل تعويض المحال له حسن النية عما أصابه من ضرر من جراء ذلك ٠ اضافة الى ما يلتزم به هذا المحيل وفقا لأحكام الفقرة الأولى من هذا النص ٠

المطلب الثانى

آثار حوالة الحق بالنسبة للغير

٢٥٠ ـ رأينا أن حوالة الحق تكون نافذة بين طرفيها بمجرد انعقادها وفى هذا الاطار تترتب آثارها بينهما • أما بالنسبة للغير فحوالة الحق لا تكون نافذة الا اذا علم بها المدين والعلم يتحقق أما بقبوله لها أو اعلانه بها من المحيل أو المحال له • وفى هذا الاطار يكون بحث آثارها بالنسبة للغير فنتكلم أولا عن آثار هذه الحوالة بالنسبة للغير قبل نفاذها أى فى الفترة ما بين انعقادها من جهة وعلم المدين بها بالقبول أو الاعلان من جهة أخرى • ثم نتكلم عن آثارها بالنسبة للغير أيضا لكن بعد نفاذها •

ونتناول ذلك فى فرعين على التوالى :

الفرع الأول

آثار حوالة الحق بالنسبة للغير قبل نفاذها

٢٥١ ـ ذكرنا أن حوالة الحق لا تكون نافذة فى مواجهة الغير الا اذا علم بها المدين • والعلم بها طريق من اثنين آما قبول المدين لها أو قيام المحيل أو المحال له باعلانه بها• فاذا لم يتم ذلك لا يترتب على حوالة الحق أى اثر بين المحيل والمحال له من جهة والغير من جهة أخرى • ومعنى ذلك عدة نتائج هامة يجب ان نبرزها :

١ ـ يظل المحيل هو صاحب الحق المحال به اذن هو الدائن ومن ثم لا يعتبر المحال له دائنا فى مواجهة الغير •

وعلى ذلك فانه يمكن للمحيل أن يطالب المدين بالوفاء ، واذا عرضه الأخير يستطيع الأول أن يقبله • وتبرأ ذمة المدين بهذا الوفاء •

٢ ـ اضافة الى ذلك ، ولما كان المحيل والحالة هذه ـ المدين لم يقبل الحوالة ولم تعلن اليه ـ هو صاحب الحق المحال به فى مواجهة الغير فليس من شك فى أنه يستطيع أن يتصرف فى الحق المحال به كما لو قام بحوالته الى شخص آخر (محال له ثان) ؛

٣ ــ وترتيبا على ما تقدم ، فان الحق المحال به يظل بالنسبة لدائنى المحيل فى ذمة الأخير ويجوز لهم الحجز عليه بخلاف دائنى المحال له فلا يجوز لهم توقيع مثل هذا الحجز لانه لم يصبح دائنا ٠ اذ الحق المحال به ما زال فى ذمة المحيل ٠ واستثناء على ذلك نصت المادة ٣٦٧ مدنى كويتى (٣٠٦ مدنى مصرى) على ما يأتى : « يجوز للدائن المحال له ، ولو قبل نفاذ الحوالة فى حق المدين والغير ، أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على الحق المحال به » ٠ كما لو أقدم على تجديد قيد رهن يضمن الدين ٠

٤ ــ يستطيع المدين أن يمتنع عن الوفاء للمحال له ولو كان يعلم فعلا بالحوالة فالمحال له لا يعد دائنا بالنسبة للغير على نحو ما ذكرنا ٠ والمسلم به أن المدين من الغير لانه ليس طرفا فى حوالة الحق ٠

الفرع الثانى

آثار حوالة الحق بالنسبة للغير بعد نفاذها

٢٥٢ ــ بقبول المدين الحوالة او اعلانه بها ، تكون نافذة فى حق الغير ويترتب على ذلك الآثار الآتية :

١ ــ يكون المحال له دائنا ومن ثم تزول عن المحيل صفة الدائن ٠

٢ ــ يكون المحال له باعتباره دائنا ان يستوفى الحق المحال به كما يكون له أن يتصرف فيه ٠

٣ ــ يكون لدائنى المحال له ــ دون دائنى المحيل ــ حق الحجز على الحق المحال به ٠

٤ ــ يلتزم المحال عليه بالوفاء للمحال له ٠

٥ ــ يكون للمحال عليه أن يتمسك فى مواجهة المحال له بكل الدفوع التى كان له ان يتمسك بها فى مواجهة المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه ٠ كما يجوز له أن يحتج بالدفوع الخاصة به فى مواجهة المحيل (مادة ٣٧٠ مدنى كويتى) ٠

ويعنى هذا النص فى المقام الأول ، أن كل دفع كان للمدين المحال عليه أن يتمسك به ــ وقت نفاذ الحوالة فى حقه ــ فى مواجهة المحيل كان له أن يحتج به فى مواجهة المحال له ٠ فوقت نفاذ الحوالة فى حق المدين هو المعيار فى بيان الدفوع التى يجوز للأخير أن يتمسك بها قبل المحال له ٠ فكل

دفـع كان يحـق للمدين ان يتمسك به قبل هـذا الوقت يكون فى وسـعه أن يدفـع به ضـد المحال له كالدفـع بالبطلان أو بعيب من عيوب الرضا أو بسبب انقضاء الالتزام • ويكفى فى هـذا الصـدد أن يكون سبب الدفـع قـد نشأ قبل نفـاذ الحوالة حـق المدين حتى لو ترتب حكمه بعـد ذلك[٢٢] •

اضافة الى ذلك ، وبصراحة النص ، يجـوز للمدين أن يتمسك بالدفوع الخاصة به كالمقاصة بينه وبين المحال له •

وعن اثر قبول المدين للحـوالة على ما يتمسك به من دفـوع ، فليس من شـأن هـذا القبول ان يفترض نزول المدين عن حقـه فى التمسك بدفـع كان له ضـد المحال له •

٢٥٣ ـ التزاحم فى حـوالة الحـق وصـوره :

وفى مجال آثار الحـوالة بالنسبة للغير ، قـد يحـدث تزاحم بين أكثر من محال له وقـد يحـدث التزاحم بين محال له ودائن حاجز •

ـ التزاحم بين الغير المحال لهم :

قـد يحـدث ان يقـوم الدائن ، وقبل نفـاذ الحـوالة بقبـول المدين أو اعـلانه ، بتحـويل ذات الحـق الى شخص آخر يعلن بها المدين فـورا أو يسعى للحصول على قبـوله بسرعة • القاعـدة فى هـذه الحالة نصت عليها المـادة ٣٧٥ مدنى كويتى (مادة ٣١٣ مدنى مصرى) ومؤداها أنه اذا تعـددت الحوالة بحـق واحـد قـدمت الحـوالة التى تكون أسبق فى نفـاذها فى حـق الغير • وتبعا للحالة المذكورة تقـدم الحـوالة الثانية :

ـ التزاحم بين محال له ودائن حاجز :

وقـد يحـدث ان يقـوم دائن للمحيل بتوقيع الحجز على حقـه لدى المدين المحال عليه • وفى هـذه الحالة تفرق بين فروض ثلاثة :

الفرض الأول :

وفيه تسبق الحـوالة الحجز من حيث نفـاذها فى حـق الغير • ويفضـل المحال له ويختص بكل الحـق ، لان الحجز وقـد جاء بعـد نفـاذ الحـوالة

---

(٢٢) عبد المنعم فرج الصداه ، المرجع السابق ، ج ٢ ، رقم ١٠٥ ، ص ٦٨ •

وانتقال الحق المحال به من المحيل الى المحال له يكون قد ورد على حق غير مملوك للمحجوز عليه ·

الفرض الثاني :

أن يكون الحجز سابقا على نفاذ الحوالة فى حق الغير · وفيه يكون المحال له بمثابة حاجز ثان · ويقتسم مع الحاجز الأول الدين قسمة غرماء · (مادة ١/٣٧٦ مدنى كويتى ـ مادة ١/٣١٤ مدنى مصرى) ·

الفرض الثالث :

أن تقع الحوالة بين حجزين · وذلك بأن يوقع دائن الحجز على حق المحيل لدى المحال عليه قبل نفاذ الحوالة فى حق الغير · وبعد نفاذها يقوم دائن آخر بتوقيع حجز ثان لدى المحال عليه ·

فى هذا الفرض ينقسم الدين قسمة غرماء بين الثلاثة : الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر على أن يؤخذ من حق الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له الحق المحال (مادة ٢/٣٧٦ مدنى كويتى ـ مادة ٣١٤/ مدنى مصرى) ·

مثال تطبيقى :

لو افترضنا أن دائنا له فى ذمة المدين ١٢٠٠٠ ريال · قام بتحويلها كلها الى شخص آخر (محال له) وقبل نفاذ الحوالة وقع دائن المحيل حجزا على الحق المحال به تحت يد المدين المحال عليه بمبلغ ٦٠٠٠ ريال · وبعد نفاذ الحوالة حجز دائن آخر للمحيل تحت يد المحال عليه بمبلغ ٦٠٠٠ ريال · ينقسم الدين ابتداء قسمة غرماء بين ثلاثة هم : الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر · ونتيجة القسمة : حصول الحاجز المتقدم على ٣٠٠٠ ريال والحاجز المتأخر على ٣٠٠٠ ريال والمحال له على ٦٠٠٠ ريال ·· ثم يؤخذ من نصيب الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له الحق المحال · وتكون النتيجة النهائية حصول المحال له على ٩٠٠٠ ريال والحاجز المتقدم على ٣٠٠٠ ريال ولا يحصل الحاجز المتأخر على شىء ·

اضافة الى ذلك ، يمكننا أن نفترض ـ فى حدود المثال السابق ـ أن الحوالة كانت بمبلغ ٦٠٠٠ ريال فقط · ينقسم الدين ابتداء قسمة غرماء بين الثلاثة ويحصل كل منهم على ٤٠٠٠ ريال ثم يؤخذ من نصيب الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له الحق المحال · وتكون النتيجة حصول المحال له على حقه كاملا وهو ٦٠٠٠ ريال وحصول الحاجز المتقدم على ٤٠٠٠ ريال ولا يبقى للحاجز المتأخر سوى ٢٠٠٠ ريال ·

٢٥٤ ـ حوالة الحق في المشروع المصري لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المالية :

اولا : في جواز حوالة الحق وانعقادها نصت المادة ٢٩٠ من المشروع على ما يلتي : « يجوز للدائن أن يحول حقه الى شخص آخر ، الا اذا حال دون ذلك نص في القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة الى رضاء المدين » •

وهذه المادة تطابق المادة ٣٠٣ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق ايضا المادة ٣٦٤ من القانون المدني الكويتي •

وفي شروط هذه الحوالة أيضا نصت المادة ٢٩١ من المشروع على أنه « لا تجوز حوالة الحق الا بقدر ما يكون منه قابلا للحجز » وهذه المادة تطابق المادة ٣٠٤ من القانون المدني المصري الحالي ، مع استبدال لفظ « بقدر » بلفظ « بمقدار » والمادة المقترحة من المشروع تطابق أيضا المادة ٣٦٥ من القانون المدني الكويتي •

ثانيا : وعن نفاذ حوالة الحق نصت المادة ٢٩٢ من المشروع على ما يأتي : « لا تكون الحوالة نافذة في حق المدين أو في حق الغير الا اذا قبلها المدين أو أعلن بها • على أن انفاذها في حق الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ » •

وهذه المادة تطابق المادة ٣٠٥ من القانون المدني المصري الحالي مع استبدال عبارة « في حق » بلفظ « قبل » الوارد في النص الحالي • كما تطابق هذه المادة المقترحة من المشروع المادة ٣٦٦ من القانون المدني الكويتي •

ثالثا : وفي آثار الحوالة بالنسبة للغير ، نصت المادة ٢٩٣ من المشروع على أنه « يجوز قبل اعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الاجراءات ما يحافظ به على الحق الذي انتقل اليه » والمادة تطابق المادة ٣٠٦ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق أيضا المادة ٣٦٧ من القانون المدني الكويتي •

رابعا : وعن آثار حوالة الحق بين طرفيها ، نصت المادة ٢٩٤ من المشروع على ما يأتي : « ينتقل الحق الى المحال له بصفاته وتوابعه وضماناته ...... وتعتبر الحوالة شاملة لما حل من أقساط » والمادة تطابق المادة ٣٠٧ من القانون المدني المصري الحالي ، مع ملاحظة أن لفظ

« فوائد » الوارد بها قد حذف من المادة المقترحة للمشروع . كما تطابق هذه المادة المقترحة المادة ٣٦٨ من القانون المدنى الكويتى .

ونصت المادة ٢٩٥ من المشروع على انه « يجب على المحيل ان يسلم الى المحال له سند الحق المحال به ، وان يقدم له وسائل اثبات هذا الحق ، وما هو ضرورى من بيانات لتمكينه من استيفاء حقه » . والنص مستحدث ولا نظير له فى القانون المدنى المصرى الحالى . ولكنه يطابق نص المادة ٣٦٩ من القانون المدنى الكويتى .

خامسا : أما المادة ٢٩٦ من المشروع فتعالج آثار حوالة الحق بالنسبة للغير بعد نفاذها ونصها كالآتى : « للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التى كان له ، وقت نفاذ الحوالة فى حقه ، أن يتمسك بها قبل المحيل ، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمده من عقد الحوالة » . وهذه المادة تطابق المادة ٣١٢ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق فى الحكم المادة ٣٧٠ من القانون المدنى الكويتى .

وتواجه المادة ٢٩٧ من المشروع اثرا من آثار حوالة الحق بين طرفيها ويتعلق بالتزام المحيل بضمان وجود الحق المحال به وقت الحوالة . والمادة يجرى نصها على النحو التالى :

« ١ ـ اذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل الا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢ ـ أما اذا كانت الحوالة بغير عوض ، فلا يكون المحيل ضامنا حتى لوجود الحق » .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٠٨ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المادة ٣٧١ من القانون المدنى الكويتى .

سادسا : وتقرر المادة ٢٩٨ من المشروع ما اطلقنا عليه من قبل وسيلة من وسائل تشديد التزام المحيل بالضمان وتتعلق بضمانه يسار المدين . وتنص على ما يأتى :

« ١ ـ لا يضمن المحيل يسار المدين الا اذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان .

٢ ـ واذا ضمن المحيل يسار المدين ، فلا ينصرف هذا الضمان الا الى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك » ٠

وهذه المادة تطابق المادة ٣٠٩ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ كما تطابق فى الحكم المادة ٣٧٢ من القانون المدنى الكويتى ٠ ونذكر هنا بمقارنة جئنا بها من قبل بين ذلك النص من القانون المدنى المصرى الحالى وهذا النص الكويتى من حيث الصياغة ٠ وفضلنا من خلالها صياغة النص المصرى ـ ونصل من ذلك ايضا الى تفضيل نص المادة المقترحة من المشروع سالفة الذكر ٠

وعما تناولناه من قبل جزاء لاخلال المحيل بالتزامه بالضمان ، نصت المادة ٢٩٩ من المشروع على أنه « اذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقا للمادتين السابقتين ، فلا يلزم المحيل الا برد ما أخذه من المحال له مع المصروفات ، ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك » ٠

وهذه المادة تقابل المادة ٣١٠ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ مع ملاحظة أن نص المشروع قد استبدل عبارة « ما أخذه » بعبارة « ما استولى عليه » ٠ كما حذف من نص المشروع لفظ « الفوائد » ٠ وهذه المادة المقترحة من المشروع ، تطابق ايضا الفقرة الأولى من المادة ٣٧٣ من القانون المدنى الكويتى ٠

سابعا : وتواجه المادة ٣٠٠ من المشروع أيضا أثرا من آثار حوالة الحق بين طرفيها ويخص التزام المحيل بضمان فعله الشخصى والمادة نصها كالآتى : « يكون المحيل مسئولا عن أفعاله الشخصية ، ولو كانت الحوالة بغير عوض ، وحتى لو اشترط عدم الضمان » ٠

وهذه المادة تطابق المادة ٣١١ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق فى حكمها المادة ٣٧٤ من القانون المدنى الكويتى ٠

ثامنا : وتقرر المادة ٣٠١ من المشروع الحكم فى حالة التزاحم بين الغير المحال له فى حالة التعدد ٠ ونصها كالآتى :

« اذا تعددت الحوالة بحق واحد فضلت الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير » ٠

وهذه المادة تطابق المادة ٣١٣ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق أيضا المادة ٣٧٥ من القانون المدنى الكويتى ٠

أما المـادة ٣٠٢ من المشروع فتواجه حالة أخرى من حالات التزاحم هى حالة التزاحم بين محال له ودائن حاجز والمـادة نصها كما يأتى :

« ١ ـ اذا وقـع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحـوالة نافـذة فى حـق الغير ، كانت الحـوالة بالنسبة الى الحاجز بمثابة حجز آخر ٠

٢ ـ وفى هـذه الحالة اذا وقـع حجز آخر بعـد أن أصبحت الحـوالة نافـذة فى حـق الغير ، فان الدين يقسم بين الحاجز المتقـدم وللمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على أن يؤخـذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحـوالة » ٠

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣١٤ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق ايضا المـادة ٣٧٦ من القانون المدنى الكويتى ٠ وقـدمنا تطبيقات التزاحم فيما سـبق ٠

المبحث الثالث

حـوالة الحـق فى الفقـه الاسـلامى

٢٥٥ ـ الحـوالة تطبيق لنصوص آمرة فى الشريعة وليست اجتهادا فقهيا :

ذهب البعض الى القـول بأن الشريعة الاسلامية لم تعرف من الحـوالة سـوى حـوالة الدين دون حـوالة الحـق(٢٣) وفى الرد على ذلك ، يقول العلامة السنهورى أنه ليس صحيحا أن الفقه الاسلامى عرف حـوالة الدين ولم يعرف حـوالة الحـق والا كان هـذا بدعا فى تطـور القانون(٢٤) .

وفى الحـق ، فان أحكام الحـوالة فى الفقـه الاسلامى ليست اجتهـادا فقهيا بقـدر ما هى تطبيق لنصوص آمره فى الشريعة الاسلامية : مثل قـول الرسول عليه الصلاة والسلام « مطل الغنى ظلم واذا اتبـع أحـدكم على ملىء فليتبع » ومن هنا نقـول ان الشريعة الاسلامية قـد عرفت فيها حـوالة الدين وحـوالة الحـق ٠ ونعرض لحـوالة الحـق فى الفقه الاسلامى فى اطار بيـع الدين وهبتـــه ٠

٢٥٦ ـ حـوالة الحـق فى اطار بيع الدين وهبته عند المـالكية :

فى هـذا الاطار ، فالفقه المـالكى قـد أجاز بيـع الدين وهبته ٠ جاء فى قـوانين الأحكام الشرعية لابن جزى المـالكى « فى بيـع الدين ، فمن كان له

---

(٢٣) راجـع : حسن الذنون ، احكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى ، ص ٢٠٧ راجع أيضا : صبحى محمصانى ، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ، مشار اليه من قبل ، ص ٥٩٦ وما بعدها ٠

(٢٤) السنهورى ، الوسيط ، الجزء الثالث ، مشـــار اليه من قبل ، رقم ٢٤٠ ، ص ٤٢١ ـ ٤٢٢ ويجدر بنا هنا وللانصـــاف ان نبرز رأيا ذهب الى القول بان العـــلامة السنهورى قـد أنكر معرفة الفقه الاسلامى لحـوالة الحـق راجع : ملخص أعده د٠ عيسى عبـده عن دراسة العقد الحـوالة قامت باعـدادها موسوعة الفقه الاسلامى بالكويت ونشرت عام ١٣٩٠ هـ ٠ والملخص منشور فى مجلة يضم مجموعة البحوث المقـدمة للمؤتمر الاسلامى الذى عقـد فى جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية بالرياض سنة ١٣٩٦هـ ٠ ونشرت الجامعة المجلة سنة ١٤٠١هـ : ص ١٩٩ وما بعـدها ٠ ولا ندرى من اين اتى صاحب هذا الراى بذلك : فالعلامة يقول غير ذلك بيقين ٠ ولم ينكر معرفة الفقه الاسلامى لنوعى الحوالة ٠ ليس هذا فحسب بل ان هـذا الراى قـد ذهب ـ على غير حـق ودون أساس ـ الى ان السنهورى قـد ذهب الى ان الشريعة لم تعرف الحوالة مطلقا لا فى الحق ولا فى الدين ٠

دين على آخر فلا يجوز أن يبيعه الا بشرطين : أحدهما أن يقبض ما يبيعه به من غير تأخير لئلا يكون بيع دين بدين • الثانى أن يكون ما يأخذ فى الدين مما يجوز أن يسلم فيه رأس المال الذى أسلمه الى المديان »[٢٥] •

وجاء فيه أيضا « وتجوز هبة الدين خلافا للشافعى »[٣٦] •

وما نود أن ننبه اليه هنا ، أن بيع الدين لدى المالكية الذى يتضمن ما نسميه فى القانون حوالة حق ، هو بيع الدين من غير المدين • وهو حوالة حق عن طريق المعاوضة[٢٧] • وهبة الدين ايضا وهى حوالة حق عن طريق التبرع ، يلاحظ فيها أنها هبة دين من غير المدين •

٢٥٧ — أما المذاهب الأخرى فلا يجوز فيها بيع الدين الا ممن عليه الدين[٢٨] • فالأصل عند الأحناف أن تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل سواء كان التمليك بعوض (بيع الدين) او بغير عوض (هبة الدين)[٢٩] وعند الحنابلة ، نجد المادة ٢٩٢ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل تنص على أنه « لا يصح بيع الدين بالدين مطلقا سواء كانا حالين أو مؤجلين أو مختلفين » •

وتنص المادة ٢٩٣ من نفس المجلة على أنه « لا يصح بيع الدين لغير من هو عليه • ويصح بيعه للمدين بثمن حال مقبوض فى المجلس ٠٠٠٠٠٠ »

---

(٢٥) قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، ص ٢٨١ •

(٣٦) قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٩٨ •

(٢٧) راجع ، السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، هامش (٢) ص ٤٣٥ • ويرى فى بيع للدين من غير المدين وفاء مع الحلول او وفاء للدين بمقابل صادر من غير المدين •

ويقول ابن جزى فى موقع آخر (ص ٣١٧) : لا يجوز بيع الدين بالدين مثل ان يبيع دينا له على رجل من رجل آخر بالتاخير •

ويقسم ابن جزى الحوالة الى احالة قطع واحالة اذن • راجع ص ٣٥٥ من قوانين الاحكام الشرعية •

(٢٨) السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٢٤٠ ، ص ٤٣٤ — ٤٣٦ •

(٢٩) الاشباه والنظائر لابن بخيم ، مشار اليه من قبل ، ص ١٤٤ • واستثناء على ذلك جوز الحنفية للبائع ان يتصرف فى الثمن قبل قبضه بالحوالة الى دائنه (م• ٢٥٢ من الاحكام العدلية — م• ٤٢٤ من مرشد الحيران) وعليه فان حوالة الحق هنا هى عبارة عن انتقال دين الدائن •

وعلى اية حال ، فقد جاء فى كشاف القناع « وليست الحوالة بيعا ، لأنها لو كانت بيعا لكانت بيع دين بدين ٠ ولما جاز التفرق قبل القبض ٠ لأنها بيع مال الربا بجنسه ٠ ولجازت بلفظ البيع ، وبين جنسين كالبيع كله ٠ ولان لفظها يشعر بالتحول ٠ وليست ايضا فى معنى البيع ، لعدم العين فيها ، بل الحوالة تنقل المال المحال به من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه لما سبق من أنها مشتقة من التحول أو التحويل وفيها شبه بالمعاوضة من حيث أنها دين بدين وشبه بالاستيفاء »(٣٠) ٠

وعند الشافعية ، قال السيوطى أنه « لا يصح بيع الدين بالدين قطعا واستثنى منه الحوالة للحاجة وأما بيعه لمن هو عليه فهو الاستبدال »(٣١) الا أن الامام الشافعى يقول فى الأم « فالحوالة معقول فيها أنها تحول حق على رجل الى غيره »(٣٢) وهو ما ذكره صاحب المهذب من انه « اذا أحال بالدين انتقل الحق الى المحال عليه وبرئت ذمة المحيل لأن الحوالة اما أن تكون تحويل حق أو بيع حق وأيهما كان تبرأ به ذمة المحيل »(٣٣) ولعل فى القولين الأخيرين ما يبرر للذهن تلمس حوالة الحق فيهما ٠

٢٥٨ ــ بعض تطبيقات لحوالة الحق فى الفقه الاسلامى :

ومهما يكن من امر ما تقدم ، فلا أحد يستطيع أن ينكر بعض التطبيقات البارزة لحوالة الحق فى الفقه الاسلامى بصفة عامة ونحاول أن نستظهرها ٠

ومنها ما جاءت به مجلة الأحكام العدلية من انه يجوز للبائع أن يتصرف بثمن المبيع قبل قبضه وذلك عن طريق الحوالة ٠ وورد فى المادة ٢٥٢ منها متعلقا بذلك « ٠٠٠٠٠٠ مثلا لو باع ماله من آخر بثمن معلوم له أن يحيل بثمنه دائنه » ٠ وبخصوص الهبة ، نصت المادة ٨٤٨ من مجلة الأحكام العدلية على أن « من وهب دينه الذى هو فى ذمة أحد لآخر واذنه صراحة بالقبض ، بقوله أذهب فخذه ، فذهب الموهوب له وقبضه تتم الهبة » ٠

وبخصوص الهبة أيضا ، اجاز المالكية هبة الدين على ما ذكرنا من قبل ٠ وأجازوا لن يهب الانسان ماله كله لأجنبى وبصيغة تقتضى الايجاب والقبول من قول أو فعل كلفظ الهدية والعطية ٠ ومعنى ذلك انه لو وهب شخص دينه الذى فى ذمة أحد لآخر صح(٣٤) ٠

---

(٣٠) كشاف القناع عن متن الاقناع ، للبهوتى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثالث ، ص ٣٨٣ ٠

(٣١) الاشباه والنظائر ، للسيوطى، مشار اليه من قبل ، ص٣٣٠ ٠ وانظر ايضاص٤٦١٠

(٣٢) الأم للامام الشافعى ، الجزء السابع ، الناشر مكتبة الكليات الازهرية ، الطبعة الاولى ١٣٨١هـ ــ ١٩٦١م ، ص ١١٨ ٠

(٣٣) المهذب للشيرازى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الاول ، ص ٣٤٥ ٠

(٣٤) راجع ، قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٩٧ ــ ٣٩٨ ٠

الفصـــل الثانى

حـــوالة الـــدين

CESSION DE DETTE

٢٥٩ ـ تعـــريف :

نصت المـادة ١/٣٧٧ من القانون المدنى الكويتى على ما يأتى :

« يترتب على حـوالة الدين نقـل الدين من ذمة المدين الأصلى الى ذمة المحـال عليـه » .

وحـوالة الدين تبعا لذلك عبارة عن عقـد يتمكن المدين بمقتضاه من نقـل ديونه قبـل دائنه الى شخص اجنبى يصير مدينا فى مواجهة هـذا الدائن بدلا من المدين الأصلى(١) .

وهـذا التعريف لحـوالة الدين هـو ما اظهرته بوضـوح المـادة ٣١٥ من القانون المدنى المصرى اذ قالت : « تتم حـوالة الدين باتفـاق بين المدين وشخص اخر يتحمل عنه الدين » .

وعلى ما تقـدم ، فالأصل انعقاد هـذه الحـوالة بين المدين الأصلى والغير .. صحيح ليس هنـاك ما يمنع من اتفاق الدائن والغير على حـوالة الدين الا ان الصورة الاولى هى الغالبية(٢) .

والمدين الأصلى يسمى المحيل
اما الأجنبى فيسمى المحال عليه
والدائن يســـمى المحـال

---

(١) راجـع
LE BRUN (A.) : Cession de dette Encycl, Juridique., op. cit., SAVTIER : op. cit., n. 269, p. 330-331.

(٢) قارن : السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٣٠٦ ، ص ٥٥٣ ، ويرى ان انعقاد حوالة الدين يتم باتفاق الدائن والاجنبى وهذا هو الاصـل .

٢٦٠ ـ تقســيم :

سوف تتناول دراستنا لحــوالة الدين ثلاث مسائل : انعقاد الحــوالة ، ثم نفــاذها ونتتبع ذلك ببيان آثارها • ثم نعرض لموقف الفقه الاسلامى من حــوالة الدين •

المبحث الأول : انعقاد حــوالة الدين ونفــاذها •

المبحث الثانى : آثار حــوالة الدين •

المبحث الثالث : حــوالة الدين فى الفقــه الاسلامى •

المبحث الأول

انعقـاد حـوالة الدين ونفـاذها

٢٦١ ـ اولا : انعقـاد الحـوالة :

تتم حـوالة الدين فى صورتها الغالبة باتفاق بين المدين والغير على أن يتحمل الأخير بالدين بدلا من المدين الأصلى · لكن ليس هناك ما يحـول دون أن تتم الحـوالة باتفاق الدائن والغير ولكن سوف نكتفى بدراسة الصـورة الغالبة وهي الأولي .

وحـوالة الدين على النحو المتقـدم ، من العقـود الرضائية ·· اذ يكفى لانعقادها تبـادل التعبير عن ارادتين متطابقتين هما : ارادة المدين الأصـلى (المحيل) والغير (المحال عليه) فلا يشترط رضـا الدائن لانعقادها ، ولئن كان ضروريا لنفـاذها(٣) · وقـد تتم معاوضة أو على سبيل التبرع ·

وتخضع حـوالة الدين – شأنها فى ذلك شأن أى عقـد ـ للقواعـد العامة فى ابرام العقـود من حيث وجـوب توافر الرضـا والمحـل والسبب اضافة الى توافر الأهلية وسلامة الارادة من العيوب ·

وتجـدر الاشارة الى ان تغيير المدين فى حـوالة الدين انمـا هـو أمر ينسم بخطورة أكثر لو نظرنا الى تغيير الدائن فى حـوالة الحـق · بل ان الخطـورة فى الفرض الأخير لا تقـارن بالفرض الأول · وليس من شـك فى أن ذلك يمكن أن يكون مسوغا لتقـديم الصورة الأخرى لحـوالة الدين وتتم باتفاق الدائن مـع المدين الجـديد(٤) · ولذا نصت المـادة ٣٧٩ من القانون المدنى الكويتى على أن الحـوالة تصح باتفـاق الدائن والمحال عليه ، ولكن اذا لم يقرها المدين الأصلى فلا يكون للمحال عليه حـق فى الرجـوع عليه طبقـا لأحكام حـوالة الدين(٥) ·

---

(٣) السنهورى ، الوسيط ، جـ ٣ ، رقم ٣١٢ ، ص ٥٦٣ ·

(٤) السنهورى ، الوسيط ، جـ ٣ ، رقم ٣١٤ ، ص ٦٦٥ ـ ٥٦٦ ، وراجع هـذه الصـورة ايضـا ، نفس المرجع ، رقم ٣٢٣ ، ص ٥٧٨ وما بعدها ·

(٥) ونصت المـادة ١/٣٢١ مدنى مصرى على هـذه الصـورة لحـوالة الدين ·

٢٦٢ ـ ثانيا : نفاذ الحوالة :

اذا عقدت الحوالة بين المدين الأصلى والمحال عليه فانها لا تكون نافذة فى حق الدائن الا اذا أقرها • هذا ما نصت عليه المادة ١/٣٧٨ مدنى كويتى (مادة ١/٣١٦ مدنى مصرى) •

ويلاحظ أن المشرع لم يشأ أن يترك أمر قبول الحوالة ومن ثم نفاذها لهوى الدائن • فقد أجاز للمدين الأصلى والمحال عليه القيام باعلان الدائن بالحوالة ودعوته الى اقرارها خلال أجل معقول يعين فى الاعلان • فاذا انقضى الأجل دون أن يصدر هذا الاقرار من الدائن اعتبر سكوته رفضا للحوالة • هكذا نصت المادة ٢/٣٧٨ مدنى كويتى (مادة ٢/٣١٦ مدنى مصرى)[٦] •

وليس لاقرار الدائن شكل خاص يجب أن يفرغ فيه • كما أنه ليس هناك ـ ما عدا الحالة السابقة ـ موعد محدد يجب أن يصدر فيه هذا الاقرار من الدائن •

---

(٦) ويلاحظ أنه اذا انعقدت حوالة الدين باتفاق الدائن والمحال عليه ، فان اقرار المدين الاصلى للحوالة ضرورى حتى يتمكن المحال عليه من الرجوع على هذا المدين الاصلى بما وفاه للدائن وذلك اعمالا لأحكام حوالة الدين • (مادة ٣٧٩ مدنى كويتى) •

المبحث الثانى

آثار حـواله الدين

٢٦٣ ـ تقسـيم :

متى اقر الدائن حـوالة الدين التى عقـدت باتفـاق المدين الأصـلى والمدين الجـديد (المحال عليه) كانت نافـذة · وفى بحث آثارها نفرق بينها فى العـلاقة :

- بين الدائن والمدين الجـديد (المحال عليه) ·
- بين الدائن والمدين الأصلى (المحيل) ·
- بين المدين الاصلى (المحيل) والمدين الجـديد (المحال عليه) ·

٢٦٤ ـ أولا : آثار الحـوالة فى عـلاقة الدائن والمحال عليه :

يتمثل الأثر الجـوهرى لحـوالة الدين فى اطار هـذه العلاقة أن المحال عليه وهـو المدين الجـديد يحل محل المدين الأصلى فى التزامه بالدين تجـاه الدائن ·

وهـو ما يعنى براءة ذمة هـذا المدين الأصلى قبل الدائن هـذا فى المقام الاول ، وانتقال الدين الى المحال عليه فى المقام الثانى ·

وعن براءة ذمة المدين الأصلى تجاه الدائن فانها تكون من وقت ابرام عقـد الحـوالة وليس من تاريخ اقرار الدائن لهـا · وتبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجـة الى أن يصرح الدائن بذلك · فالمعنى مستفاد من اقراره(٧) · وفى ذلك تنص المـادة ٣٨٠ من القانون المدنى الكويتى على براءة ذمة المدين الأصلى من الدين اذا كان المحال له طرفا فى عقـد الحـوالة أو اقرها ·

أما عن انتقال الدين ، فانه ينتقل الى ذمة المحال عليه بصفاته وتوابعه وتأميناته (مادة ١/٣٨١ مدنى كويتى ـ مادة ٣١٨ مدنى مصرى) ·

وعن الصفات ، فاذا كان الدين تجاريا ، أو معلقا على شرط او مضـافا الى اجـل انتقـل كذلك ·

---

(٧) السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٣٢٩ ، ص ٥٨٥ ·

وعن التأمينات ، فان الدين المحال يلازمه فى تحــوله من المدين الأصلى الى المحال عليه كافة التأمينات التى كانت تضمنه • وهــذا الحكم يخص ما قــدمه المدين الأصلى للدائن من تأمينات لدينه • ومن ثم لا يشمل ما قــدم للدائن من كفيل المدين الاصلى سواء كان كفيلا شخصيا او عينيا • وتفسير ذلك انه لو كان المدين الأصلى قــد قــدم للدائن ضمانا للدين تامينا عينيا ــ والتأمين الشخصى غير مطروح فى هــذا الفرض – مثل الرهن انتقل هــذا التامين مــع الدين لمصلحــة الدائن • ام لــو كان هناك كفيل شخصى يضمن الدين على المدين الأصلى او كفيل عينى قــدم رهنــا فــلا التزام على اى منهما تجاه الدائن الا اذا كان قــد رضى بالحــوالة (مادة ٢/٣٨١ مدنى كويتى – مادة ٢/٣١٨ مدنى مصرى) •

وكما هــو واضح فان التأمينات التى تأتى من غير المدين الاصلى ، مثل الكفالة الشخصية أو العينية ، لا تلازم الدين فى تحــوله الا اذا رضى بالحوالة من قــدم التأمينات تلك •

أما عن الدفــوع ، فانه يلازم الدين فى تحــوله ما يتصل به من دفــوع كان يحق للمدين الأصلى أن يتمسك بها قبــل الدائن (مادة ٣٨٢ مدنى كويتى ــ مادة ٣٢٠ مدنى مصرى) •

وتبعــا لذلك فللمحال عليه أن يتمسك فى مواجهة الدائن بجميع الدفــوع المتعلقة بذات الدين وكان يحق للمدين الأصلى أن يحتج بها • كالدفــع بالبطلان لعــدم توافر شروط المحل أو لعــدم مشروعية السبب •• كذلك للمحال عليه ان يتمسك بمــا كان يستطيع المدين الأصلى أن يتمسك به من دفــوع مستمدة من عقــد الحــوالة • كأن يطالب المحال عليــه ببطــلان الحــوالة لعــدم مشروعية السبب أو يطلب ابطالها لنقص أهليته أو لعيب شاب رضاه •

ويلاحظ أن الدين اذ ينتقل الى ذمة المحال عليه على الوجــه المتقــدم فانه ينتقل من وقت براءة ذمة المدين الأصلى • أى من وقت انعقــاد الحــوالة وليس من وقت اقرار الدائن لهــا •

٢٦٥ ــ ثانيا ــ آثار الحــوالة فى علاقة الدائن بالمحيل :

ذكرنا أن الأثر الجــوهرى للحــوالة هــو براءة ذمة المدين الأصــــلى (المحيل) تجاه الدائن • وذلك يفترض بطبيعة الحال انعقــاد الحــوالة باتفاق هــذا المحيل والمحال عليــه • وهــو الفرض الذى نعالجه فى هــذه الدراســـة كما ألمحنا • وتبرأ ذمة المدين الأصلى من وقت انعقــاد الحــوالة ودون حاجة لتصريح من الدائن على نحــو ما ذكرنا •

وبراءة ذمة المدين الأصلى تعنى ببساطة عـدم جـواز مطالبة الدائن لـه وانمـا يستطيع هـذا الدائن مطالبة المحال عليه فهو المدين الجـديد •

واستثناء على براءة الذمة المذكور ، نصت المـادة ٣١٩ من القـانون المدنى المصرى على أن المدين الأصلى يضمن يسار المدين وقت اقرار الدائن للحـوالة ما لم يتفق على غير ذلك •

وعلى ذلك فانه اذا كان الأصـل هـو ضمان المحيل أن يكون المحال عليه فى حالة يسار وقت اقرار الدائن للحـوالة ، فانه يجـوز الاتفـاق على غير ذلك تخفيفا أو تشديدا • اذ يجوز للمدين الأصلى ان يخلى نفسه من هذا الضمان بالاتفـاق على مثل هـذا الاخـلاء • كما يجـوز الاتفـاق على ضمان المدين الأصلى يسار المحال عليه ليس فقط وقت اقرار الدائن الحـوالة بل وأيضا وقت حـلول الدين •

٢٦٦ ـ ثالثا ـ آثار الحـوالة فى علاقة المحيل والمحال عليه :

نذكر مرة أخرى باننا نعالج فى حـوالة الدين الصورة التى تنعقـد فيها باتفاق المدين الأصلى والمدين الجـديد •

ونفرق بشأن هـذه الآثار ، بين ما يترتب منها قبل اقرار الدائن للحوالة وما يترتب بعـده •

فقبل اقرار الدائن للحـوالة :

يكون المحال عليه ملتزما تجاه المدين الأصلى بالوفاء للدائن فى الوقت المناسب ما لم يوجـد اتفـاق يقضى بغير ذلك • ويسرى هـذا الحكم ولو رفض الدائن الحـوالة (مادة ١/٣١٧ مدنى مصرى) •

والمعنى الواضح لذلك أن المحال عليه وقبل اقرار الدائن للحـوالة ـ حيث لم يتحـدد موقفـه بالرفض أو القبول ـ يكون ملتزما تجاه المدين الأصلى بأن يخلص ذمة الاخير من الدين فى الوقت المناسب • اى وقت حلول الدين • وهـو التزام بعمل[٨] • ويسرى هـذا الحكم أيضا لو تحـدد موقف الدائن من الحوالة بالرفض •

ويلاحظ انه اذا كان المدين الأصلى قـد التزم نحـو المحال عليه فى عقـد الحـوالة بشىء فى مقابل التزام الأخير بتحمل الدين ، فليس له أن يطالب المحال عليه بأن يوفى للدائن الا اذا كان قـد نفـذ التزامه (مادة ٢/٣١٧ مدنى مصرى) •

---

(٨) السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٣٤٣ ، ص ٦١٣ •

وبعـد اقرار الدائن للحـوالة :

يكون المحال عليه ملتزما نحـوه بالوفاء بالدين ، وبذلك تبرأ ذمة المدين الأصلى من الدين المذكور . وكان المدين الأصلى قـد استفاد من الحـوالة بمقدار الدين وهـذا يعنى أن المحال عليه قـدم للمدين الأصلى التزاما بقيمة الدين . وقـد يقصـد المحال عليه من هـذا الالتزام اداء هـذه القيمة على سبيل القرض او يقصـد الوفاء بدين فى ذمته لهـذا المدين الأصلى ، وقـد يقصـد التبرع . وفى الحالة الاخيرة قـد يشترط المحال عليه الرجـوع على المدين الاصلى .

٣٦٧ ـ حوالة الدين فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعـاملات المـالية :

أولا ـ تناول المشروع تعريف حـوالة الدين فى المـادة ٣٠٣ اذ قالت : « تتم حـوالة الدين باتفـاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين » وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣١٥ من القانون المدنى المصرى الحالى . وفـوق ذلك ، فانها تقـابل الفقرة الأولى من المـادة ٣٧٧ من القانون المدنى الكويتى وتنص على انه « يترتب على حـوالة الدين نقـل الدين من ذمة المـدين الأصـلى الى ذمة المحال عليه » .

ثانيا ـ تعالج المـادة ٣٠٤ من المشروع انعقاد حـوالة الدين ونفـاذها فى احـدى صورتين لها . وتتم الحـوالة فيها باتفـاق المدين الأصلى والمدين الجـديد (المحال عليه) وهى الصورة الغالبة . والمـادة نصها كالآتى :

« ١ ـ تنعقد الحـوالة التى تتم بين المدين الأصلى والمحال عليه موقوفة على قبـول الدائن .

٢ ـ واذا قام المدين الأصلى او المحال عليه باعلان الحـوالة الى الدائن ، وعين له أجـلا معقـولا لقبول الحـوالة ثم انقضى الأجـل دون أن يصـدر القبـول ، اعتبر سكوت الدائن رفضـا للحـوالة » .

وهـذه المـادة المقترحة تقـابل المـادة ٣١٦ من القانون المدنى المصرى الحالى مـع تعـديل حاصـله :

(أ) أن المـادة المقترحة من المشروع قـد استبدلت عبارة « تنعقد الحـوالة ...... موقوفة على قبول الدائن » بعبارة « لا تكون الحـوالة نافـذة فى حـق الدائن الا اذا اقرها » .

(ب) أن المــادة المقترحة من المشروع قــد عبرت عن دور الدائن فى نفــاذ حــوالة الدين فى هــذه الصورة بالاقرار بدلا من القبول الوارد فى النص الحــالى ٠

وهــذه المــادة المقترحة من المشروع تقــابل المــادة ٣٧٨ من القــانون المدنى الكويتى ويبدو لنــا أن الأخيرة استمدت أحكامها من النص الحالى للقانون المدنى المصرى الذى ذكرناه من قبل وهــو نص المــادة ٣١٦ ، فهى تطابقه ٠

والغريب فى الأمر انه جاء بالمشروع تعليقا على ذلك النص المقترح للمــادة ٣٠٤ من المشروع أنه يطابق المــادة ٣٨٠ من القانون المدنى الكويتى وهــــذا غير صـــحيح ٠

ثالثا ـ تقرر المــادة ٣٠٥ من المشروع الحكم فى الحالة التى لا يحــدد فيها الدائن موقفه من الحــوالة وتنص على ما يأتى :

« ١ ـ اذا لم يحــدد الدائن موقفه من الحــوالة قبولا أو رفضا ، كان المحال عليه ملزما بالوفاء للدائن فى الوقت المناسب ما لم يوجــد اتفــاق يقضى بغير ذلك ويسرى هــذا الحكم ولو رفض الدائن الحــوالة ٠

٢ ـ على انه لا يجــوز للمدين الأصلى ان يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ما دام هــو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقــد الحوالة » ٠

وهــذه المــادة تطابق المــادة ٣١٧ من القانون المدنى المصرى الحالى وقــد عرضنا لهــا من قبل ٠ مــع ملاحظة أن نص المشروع قــد استعمل لفظ « قبولا » بدلا من « أقرارا » الوارد فى ذلك النص الحالى ٠

رابعا ـ تقرر المــادة ٣٠٦ من المشروع التزاما على عاتق المدين الأصلى بضمان يسار المحال عليه ونصها كالآتى :

« يضمن المدين الأصلى ان يكون المحال عليه موسرا وقت قبــول الدائن للحــوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك » ٠

وهــذه المــادة المقترحة من المشروع تطابق المــادة ٣١٩ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ مــع ملاحظة أن المــادة المقترحة هــذه استعملت لفظ « قبول » بدلا من لفظ اقرار الوارد فى ذلك النص الحالى ٠ ولا يبــدو أن للمــادة المقترحة نظيرا فى القانون المدنى الكويتى ٠

خامسا – تتناول المـادة ٣٠٧ من المشروع الصورة الأخرى لحـوالة الدين وتتم باتفاق الدائن والمحال عليه ، ونصها يجرى على النحو التالى :

« يجـوز كذلك ان تتم حـوالة الدين بإتفـاق بين الدائن والمحال عليـه يتقرر فيه أن هـذا يحـل محـل المدين الأصلى فى التزامه » •

وهـذه المـادة المقترحة تطابق الفقرة الأولى من المـادة ٣٢١ من القانون المدنى المصرى الحالى • كما تقابل المـادة ٣٧٩ من القانون المدنى الكويتى •

سادسا – تتضمن المـادة ٣٠٨ من المشروع اثرا من آثار حـوالة الدين فى صورتها الأولى ونصها كالآتى :

« ١ – تبقى للدين المحال به ضماناته •

٢ – ومع ذلك لا يبقى الكفيل ، عينيا كان او شخصيا ، ملتزما قبل الدائن الا اذا رضى بالحـوالة » •

وهـذه المـادة المقترحة تطابق المـادة ٣١٨ من القانون المدنى المصرى الحالى • كما تطابق المـادة ٣٨١ من القانون المدنى الكويتى • ونبرز هنـا أيضا ما جاء بالمشروع تعليقا على هـذا النص المقترح منه من انه يطابق المـادة ٣٨٣ من « التقنين المدنى الكويتى » وهـذا غير صحيح •

وفى أثر من آثار حـوالة الدين ايضا ، يخص الدفـوع نصت المـادة ٣٠٩ من المشروع على ما يأتى :

« للمحال عليه أن يتمسك قبـل الدائن بما كان للمـدين الأصلى من دفوع متعلقة بذات الدين ، كما يجـوز له أن يتمسك بالدفـوع المستمدة من عقـد الحـوالة » •

وهـذه المـادة المقترحة من المشروع انمـا تطابق فى حكمها المـادة ٣٢٠ من القانون المدنى المصرى الحالى • وهى تطابق أيضا المـادة ٣٨٢ من القانون المدنى الكويتى • والغريب أيضا ما جاء بالمشروع من ان هـذه المـادة المقترحة منه تطابق المـادة « ٣٨٤ من التقنين المدنى الكويتى » وهـذا غير صحيح •

المبحث الثالث
حــوالة الــدين
فى
الفقــه الاســلامى

٢٦٨ - تعــريف :

افاض الفقــه الاســلامى فى حــوالة الدين وجــوزها بجميع مذاهبــه • وقــد عرفتها مجلة الأحكام العــدلية فى المــادة ٦٧٣ على انها تعنى « نقــل الدين من ذمة الى أخرى » وفى مرشــد الحيران جاء تعريف حــوالة الدين فى المــادة ٨٧٦ اذ قالت : « الحــوالة هى نقــل الدين والمطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه » وعلى نحو أكثر وضــوحا وشمولا ورد تعريف الحــوالة فى مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل • فقــد نصت المــادة ١١٥٥ من هــذه المجلة على أن « الحــوالة عقــد ارفاق يقتضى انتقال الدين من ذمة الى أخرى غير جزئية » • وجاء بالمــادة ١١٥٦ من المجلة المشار اليها أيضا أن « الاحالة نقــل المدين ما عليه الى ذمة غيره بايجاب »(٩) •

ونبحث حــوالة الدين فى الفقــه الاسلامى فى عــدة مطالب على النحــو التــــالى :

المطلب الأول : انعقاد حــوالة الدين فى الفقــه الاســلامى •

المطلب الثانى : شروط حــوالة الدين فى الفقــه الاســلامى •

المطلب الثالث : آثار حــوالة الدين فى الفقــه الاســلامى •

---

(٩) ويلاحظ ، فى مجال الحوالة ، أن الدائن يطلق عليه فى الفقه الاسلامى « المحتال » او « المحال » • اما المدين الجديد فيطلق عليه « المحتال عليه » او « المحال عليه » والمدين الاصــلى يطلق عليه المحيل •

راجع فى تعريف حوالة الدين فى الفقه الاسلامى :

الحنفية : حاشية رد المحتار لابن عابدين ، مشار اليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٣٤٠ الشافعية : المهــذب ، للشيرازى ، مشار اليه من قبل الجزء الاول ، ص ٣٤٤ •

المــالكية : بداية المجتهد ونهاية المقتصــد لابن رشد الحفيد ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثانى ، ص ٢٥٠ ــ ٢٥١ •

الحنابلة : كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتى ، مشار اليه من قبل ، الموقع السابق •

راجع أيضا : على الخفيف ، مختصر احكام المعاملات الشرعية ، الطبعة الرابعة ، القاهرة سنة ١٩٥٢ ، ص ٢٢٧ •

المطلب الأول

انعقاد حوالة الدين فى الفقه الاسلامى

٢٦٩ ـ انعقاد حوالة الدين بالتراضى :

تنعقد حوالة الدين بالتراضى وتتخذ لدى الاحناف عدة صور تبعا لهذا التراضى(١٠) :

الصورة الأولى :

وتتم فيها الحوالة برضا المحيل والمحال والمحال عليه :

وقد نصت على هذه الصورة المادة ٨٨٢ من مرشد الحيران بقولها « يشترط لصحة الحوالة رضا الكل أى المحيل والمحتال والمحتال عليه ... » ونصت عليها أيضا المادة ٦٨٠ من مجلة الأحكام العدلية حين قالت « لو قال المحيل لدائنه حولتك على فلان وقبل الدائن تنعقد الحوالة » .

الصورة الثانية :

وتتم فيها الحوالة برضى المحيل والمحال :

وفيها يكون المحتال عليه غائبا وأحيل عليه الدين باتفاق المحيل والمحال له على ذلك . فان الحوالة تصبح شريطة قبول المحتال عليه بالحوالة راضيا حيث يلتزم للمحال له . أما اذا لم يرض المحتال عليه بالحوالة فلا ينتقل الدين فى ذمته ولا يكون للمحال له حق مطالبته . وقد نصت على ذلك المادة ٨٨٢ من مرشد الحيران . والواضح أن الحوالة هنا لا تتم بغير رضا المحتال عليه . ولكن المادة ٨٨٢ من مرشد الحيران استثنت فى عجزها حالة تتم فيها الحوالة باتفاق المحيل والمحال له دون رضا المحتال عليه وهى حالة ما اذا استدانت زوجته النفقة عليه بأمر القاضى فان لها أن تحيل عليه بلا رضاه ويكون ملزما بالدين للمحتال .

---

(١٠) راجع نفس الحكم فى المادة ٦٨٢ من مجلة الاحكام العدلية .

وراجع فى ضرورة رضا الكل فى الحوالة : حاشية رد المحتار لابن عابدين مشار اليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٣٤١ ـ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ، مشار اليه من قبل ، الجزء السابع ص ٣٤٣٥ .

الصـــورة الثالثة :

وفيها تتم الحـوالة باتفـاق المحيل والمحال عليه :

مثلا لو قال واحـد للآخر خـذ عليك حـوالة دينى الذى بذمتى لفلان وقبل المحال عليه ذلك • تنعقـد الحـوالة موقوفة على قبول المحال له • هـكذا نصت المـادة ٦٨٣ من مجلة الأحكام العـدالية •

الصـــورة الرابعة :

وفيها تتم الحـوالة باتفاق المحال والمحال عليه :

كما لو قال واحـد للآخر خـذ مالى على فلان من الديون وقـدره كذا

حـوالة عليك فقال له الآخر قبلت • هنا الحـوالة انعقـدت بين المحال له والمحال عليه • ونصت على ذلك المـادة ٦٨١ من مجلة الأحكام العـدلية(١١) •

٢٧٠ ـ ويلاحظ أن للحنابلة موقفا آخر فى انعقاد حـوالة الدين ، اذ نصت المـادة ١١٦٤ من مجلة الأحكام الشرعية على أن الحـوالة « تنعقد ••• بمجرد ايجاب المحيل ولا تحتاج الى قبول أو رضى من المحتال(١٢) ولا المحال عليه » ولكن يجب لصحة الحـوالة رضا المحيل اذ لا تصح احالة المكره (مادة ١١٦٦ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل) ونصت المـادة ١١٧٠ من هـذه المجلة أيضا على أنه لا يشترط لصحة الحـوالة رضا المحتال اذا كان المحال عليه مليئا أما اذا لم يكن مليئا فلا تصح الحـوالة الا برضا المحتال • وعند الشافعية ذكر صاحب المهـذب « لا تصح الحـوالة من غير رضا المحتال •••••• وهـل تصح من غير رضا المحال عليه •••••• المذهب أنه تجـوز »(١٣) • أما مالك فقـد اعتبر رضا المحال ولم يعتبر رضا المحـال عليـه(١٤) •

---

(١١) راجع فى الصورة الثالثة والرابعة المـادة ٨٨٧ من مرشد الحيران •

(١٢) وقد عرفت المـادة ١١٦٠ من نفس المجلة المحتال بقولها « هو رب الدين المنتقل من ذمة الى أخرى » •

(١٣) المهذب للشيرازى ، مشار اليه من قبل ، الجزء ، الاول ، ص ٣٤٥ •

(١٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشـــد الحفيد مشـار اليه من قبل ، الجـزء الثانى ، ص ٢٥٠ •

المطلب الثانى

شروط حوالة الدين فى الفقه الاسلامى

٢٧١ - تقسيم :

من هذه الشروط ما يتعلق بصحة الانعقاد ومنها ما تنفذ به الحوالة ومنها ايضا ما يخص الدين المحال به ومنها ما يتصل اخيرا باشتراط مديونية المحيل للمحال له ومديونية المحال عليه للمحيل ويبحث كل ذلك ٠

٢٧٢ - أولا : فى صحة انعقاد الحوالة : اشترطت المادة ٦٨٣ من مجلة الأحكام العدلية ان يكون المحيل والمحال عاقلين وان يكون المحال عليه عاقلا بالغا ٠ وهو ما نصت عليه أيضا المادة ٨٨٠ من مرشد الحيران ، اذ اشترطت لصحة انعقاد الحوالة أن يكون المحيل والمحتال عاقلين اما المحتال عليه فيجب فيه العقل والبلوغ ٠

ومعنى ذلك أنه يتعين التفرقة بشان هذه الشروط بين المحيل والمحال من من جهة والمحال عليه من جهة أخرى(١٦) ٠

وعن المحيل والمحال ، يشترط العقل ٠ ومن ثم لا تصح حوالة المجنون أو الصبى غير العاقل ٠ وعليه ، لا يشترط البلوغ بالنسبة لهما ٠ اذ يمكن ان يكون المحيل أو المحال عليه صبيا عاقلا لكن الحوالة تنعقد موقوفة على اجازة الولى ٠ اما بالنسبة للمحال عليه ، فيشترط العقل والبلوغ ٠ فتبطل حوالة الصبى غير المميز ٠

٢٧٣ - ثانيا : فى نفاذ الحوالة : اشترطت المادة ٨٨١ من مرشد الحيران أن يكون المحيل والمحتال بالغين فلا تنفذ حوالة الصبى المميز بل تنعقد موقوفة على اجازة الولى أو الوصى ٠ هذا اذا كان الصبى غير المميز محيلا أو محتالا ٠

---

(١٥) راجع فى شروط الحوالة : على الخفيف المرجع السابق ، ص ٢٢٨ ٠

عبد الكريم زيدان ، الكفالة والحوالة فى الفقه المقارن ، بغداد ، ١٩٧٥ ، رقم ٣١٠ ص ٢١٦ وما بعدها ٠

(١٦) راجع ، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، العلامة الفقية علاء الدين ابى بكر بن مسعود الكاسانى ، مشار اليه من قبل ، الجزء السابع ، ص ٣٤٣٦ - ٣٤٣٧ ٠

اما اذا كان محتالا عليه فلا تنفذ الحوالة الا اذا أجازها الولى او الوصى وكان هذا المحتال عليه أملأ من المحيل[17] • وهى نفس الأحكام التى نصت عليها المادة ٦٨٥ من مجلة الأحكام العدلية •

٢٧٤ ـ ثالثا : فيما يجوز حوالته من الديون : فى المحال به ، وهو الدين المنتقل من ذمة الى اخرى[18] ، نصت المادة ٨٨٤ من مرشد الحيران على أن كل دين لا تصح به الكفالة فالحوالة به غير صحيحة • وهو نفس الحكم الذى نصت عليه أيضا المادة ٦٨٧ من مجلة الأحكام العدلية •• ونصت عليه فى صدرها ايضا المادة ٦٨٨ من هذه المجلة حين قالت « كل دين تصح به الكفالة تصح الحوالة به •• » •

وبناء على ما تقدم ، فالمحال به ـ على المعنى المتقدم ذكره ـ يجب أن يكون دينا ، فلا تصح حوالة الأعيان[19] • وفى هذا الصدد تجدر الاشارة الى حكم المادة ١١٧٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد ابن حنبل اذ قالت : « الحوالة لا تكون الا على ذمة فلا تصح الحوالة بمال الوقف ولا عليه »[20] والأمر نفسه بخصوص حوالة الدين لدى المالكية[21] • اما الشافعية فالحوالة عندهم تجوز فيما يجوز بيعه لانها بيع دين بدين[22] • ويشترط فى الدين المحال به أن يكون معلوما لا مجهولا • فلا تصح الحوالة بالدين المجهول • فلو احتال بما سيثبت للمحيل على المحتال عليه فالحوالة باطلة (مادة ٨٨٥ من مرشد الحيران) وهو نفس الحكم الذى نصت عليه فى عجزها المادة ٦٨٨ من مجلة الأحكام العدلية • وهو ما ذكره صاحب المهذب من الشافعية[23] •

---

(١٧) وقد نصت المادة ١١٦٥ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل على ان الحوالة تصح بشرط ملاءة المحال عليه حتى اذا ظهر معسرا رجع على المحيل •

(١٨) المادة ١١٥٩ من مجلة الاحكام الشرعية •

(١٩) سليك رستم باز ـ شرح المجلة ، ص ٣٧٥ ـ ٣٧٦ ـ رد المحتار لابن عابدين ، مشار اليه منقبل ، الجزء الخامس ص ٣٤٣ •

(٢٠) قارن المادة ٨٨٨ من مرشد الحيران اذ قالت : « تصح احالة المستحق فى الوقف غريمه حوالة مقيدة باستحقاقه على ناظر الوقف اذا كانت غلة متحصلة فى يده وقبل الحوالة ولا تصح الحوالة بالاستحقاق اذا لم تكن الغلة متحصلة فى يد الناظر » •

(٢١) قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى المالكى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٥٥ •

(٢٢) المهذب ، للشيرازى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الاول ص ٣٤٤ •

(٢٣) وقال « ولا تجوز (حوالة الدين) الا بمال معلوم لأننا بينا انه بيع فلا تجوز فى مجهول » راجع ، المهذب للشيرازى ، الموقع السابق •

واكدت ذلك ايضا المادة ١١٦٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل ونصت على أنه « يشترط علم المال المحال به وعليه » وقال صاحب كشاف القناع يشترط ان تكون الحوالة بمال معلوم على مال معلوم مما يصح السلم فيه من المثليات وغيرها(٢٤) ·

اضافة الى ما تقدم ، وفي المحال به ، فانه يشترط ان يكون مساويا في صفته ومقداره للمال المحال عليه · اذ نصت المادة ١١٧٢ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على أنه يشترط اتفاق الدينين جنسا وصفة وحلولا وأجلا · وهو ما أكده صاحب كشاف القناع تشبيها بالمقاصة على حد قوله(٢٥) ·

وجاء في كتاب قوانين الأحكام الشرعية لابن جزي المالكي انه يشترط في الحوالة ضمن ثلاثة شروط لها أن يكون الدين المحال به مساويا للمحال فيه في الصفة والمقدار(٢٦) ·

٢٧٥ – رابعا – المحيل مدين للمحال :

يشترط في الفقه الاسلامي اضافة الى ما تقدم ، ان يكون المحيل مدينا للمحال ففي المذهب الحنفي نصت المادة ٨٨٣ من مرشد الحيران على أنه يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديونا للمحتال والا فهي وكالة في القبض(٢٧) · وعلى مذهب الامام أحمد بن حنبل ، نصت المادة ١١٧٨ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على ما يأتي : « احالة الشخص من لا دين له على مدينه وكالة في الطلب » · وصاحب كشاف القناع كان غاية في

---

(٢٤) كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتي ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثالث ، ص ٣٨٦ ·

(٢٥) كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتي ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثالث ص ٣٨٥ · وفي نفس المعنى عند الحنابلة : غاية المنتهى في الجمع بين الاقناع والمنتهى للشيخ مرعي بن يوسف الحنبلي ، الجه الشاقي ، الطبعة الثانية ، منشورات المؤسسة السعيدية بالرياض ، ص ١١١ – وقد عرفت المادة ١١٥٩ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل المحال به بانه « الدين المنتقل من ذمة الى اخرى · وعرفت المادة ١١٦٢ من هذه المجلة المال المحال عليه بانه « الدين الذي للمحيل على المحال عليه » ·

(٢٦) قوانين الأحام الشرعية لابن جزي ، مشار اليه من قبل ، الموقع السابق – وعند الشافعية المهذب ، للشيرازي ، مشار اليه من قبل ، الجزء الاول ، ص ٣٤٥ ·

(٢٧) راجع ايضا حاشية رد المحتار لابن عابدين ، مشار اليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٣٤٢ ·

الوضوح وقد عبر عن ذلك بقوله « فان احال من لا دين عليه شخصا على من له عليه دين فهى وكالة جرت بلفظ الحوالة اذ ليس فيها تحويل حق من ذمه الى ذمة وانما جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما فى المعنى[١٨] ٠

٢٧٦ ـ خامسا ـ هل يشترط أن يكون المحال عليه مديونا للمحيل :

اتضح لنا فيما تقدم أن الفقه الاسلامى يشترط فى الحوالة أن يكون المحيل مديونا للمحال والا كان الأمر من قبيل الوكالة فى القبض ٠ ولعل المنطق يؤدى بنا الى نتيجة هامة تترتب على ذلك وهى : أنه لا يشترط أن يكون المحال عليه مديونا للمحيل ٠ وفى الحقيقة ، فان هذه النتيجة لا يستجيب لها سوى الاحناف دون غيرهم ٠ اذ نصت المادة ٨٨٣ من مرشد الحيران على أنه « يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديونا للمحتال والا فهى وكالة ولا يشترط أن يكون المحتال عليه مديونا للمحيل بل اذا رضى بالحوالة صحت والتزم بالدين للمحتال ولو لم يكن المحتال عليه مديونا للمحيل »[١٩] ٠ والمعنى الواضح لذلك أن حوالة الدين تصح ولا يشترط لذلك أن يكون المحال عليه مديونا للمحيل ٠ وهو الحكم الذى أكدته أيضا المادة ٦٨٦ من مجلة الأحكام العدلية اذ قالت « لا يشترط أن يكون المحتال عليه مديونا للمحيل فتصح حوالته وان يكن له على المحال عليه دين » ٠

أما باقى المذاهب فهى على خلاف ذلك ٠ فعند المالكية يشترط ابن رشد أن يكون المحال عليه مديونا للمحيل ٠ ولذا فانه لم يشترط رضاه فى الحوالة[٢٠] ٠ والحنابلة يشترطون ايضا أن يكون المحال عليه مديونا للمحيل والا كانت وكالة فى الاقتراض ٠ وهذا يفترض بطبيعة الحال ـ وعلى ما ذكرنا ـ أن المحيل مديون للمحال ٠ فقد جاء فى كشاف القناع « وان أحال من عليه دين على من لا دين عليه فهو وكالة فى اقتراض فلا يصارفه لانه لم يأذن له فى المصارفة ٠ فان قبض المحتال منه الدين اى من المحال عليه الذى لا دين عليه رجع (المحال عليه) على المحيل بما دفع عنه للمحتال لأنه قرض حيث لم يتبرع »[٢١] ٠

---

(٢٨) كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثالث ، ص ٣٨٤ ٠ وللشافعية نفس الراى فى أن يكون المحيل مديونا للمحال له ٠ المهذب ، للشيرازى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الاول ، الموقع السابق ٠

(٢٩) والنص ماخوذ عن رد المحتار ٠ راجع حاشية رد المحتار ، مشار اليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٣٤٢ ٠

(٣٠) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثانى ، ص ٢٥٠ ـ ٢٥١ ٠

(٣١) كشاف القناع عن متن الاقناع، للبهوتى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثالث ، ص٣٨٥ ٠

ويتضح لنا من ذلك أن الحنابلة يشترطون فى المحال عليه أن يكون مديونا للمحيل اضافة الى كون المحيل مديونا للمحال كما ذكرنا وهذا الشرط - مديونية المحال عليه للمحيل - يتخذ فى تخلفه صورة من اثنتين عند الحنابلة · الأولى - وقد مرت بنا - وفيها لا يكون المحال عليه مديونا للمحيل على الرغم من مديونية الأخير للمحال ·

أما الثانية فلا يكون فيها المحال عليه مديونا للمحيل ولا يكون الأخير مديونا للمحال · ويؤكد لنا هذا ما جاء فى كشاف القناع « وان أحال من لا دين عليه على من لادين عليه فهى وكالة فى اقتراض ايضا وليس شىء من ذلك حوالة لانتفاء شرطها » (٣٢) ·

والواضح أن الجامع بين الصورتين اعتبار الأمر فيهما من قبيل الوكالة فى الاقتراض نظرا لانعدام مديونية المحال عليه للمحيل ·

أما عند الشافعية ، فان هناك من قال انهم يشترطون ان يكون المحال عليه مديونا للمحيل(٣٣) · وعلى الرغم من ذلك فقد وجدنا فى المهذب ما ينبىء عن غير ذلك بيقين · وجاء به « ولا تجوز الحوالة الا على من له عليه دين لأننا بينا أن الحوالة بيع ما فى الذمة بما فى الذمة ········ وهل تصح من غير رضا المحال عليه ؟ ينظر فيه فان كان على من لا حق له عليه وقلنا أنه تصح الحوالة على من لا حق له عليه لم تجز الا برضاه »(٣٤) ونستخلص من ذلك أن الحوالة تصح عند الشافعية ولا يشترط أن يكون المحال عليه مديونا للمحيل ، وكل ما هنالك أن صحة الحوالة تتطلب فى هذه الحال رضا المحال عليه ·

---

(٣٢) كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثالث الموقع السابق - وقد اجملت كل هذه الاحكام المادة ١١٧٩ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل بقولها « احالة من لا دين عليه على مثله وكالة فى الاقتراض وكذلك احالة المدين على من لا دين له عليه فلا تصح مصارفته » ·

(٣٣) راجع ، الشيخ على الخفيف فى مختصره المشار اليه من قبل ، ص ٢٢٨ ·

(٣٤) المهذب ، للشيرازى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الاول ، الموقع السابق ·

المطلب الثالث

آثار حوالة الدين فى الفقه الاسلامى

٢٧٨ ـ تعداد الآثار :

يترتب على حوالة الدين فى الفقه الاسلامى عدة آثار وتتمثل هذه الآثار ـ اجمالا ـ فى انتقال الدين المحال به من ذمة المحيل الى ذمة المحال وهذا هو الأثر الأول والجوهرى • وكما سنرى ، فانه ولئن كان هذا الاثر يمثل بمضمونه راى الجمهور فى هذا الفقه فان القلة قد ذهبت الى غير ذلك قولا بأن الذى ينتقل بالحوالة هو حق المطالبة بالدين وليس الدين ذاته • وعلى اية حال ، فان الدين اذ ينتقل ـ على رأى الجمهور ـ فانه ينتقل بصفته • وهذا هو الأثر الثانى • أما الأثر الثالث فقد اختلف الرأى بشأنه ـ مثل الاول ـ فى نطاق الفقه الاسلامى ويخص التأمينات التى كانت تضمن الوفاء بالدين قبل الحوالة • فمن الفقهاء من قال بانقضائها ومنهم من قال ببقائها • أما الأثر الرابع فنبرز من خلاله موقف الفقهاء من الدفوع التى ترد على الدين • وفى نطاق الأثر الخامس نبين مدى حق المحال عليه فى الرجوع على المحيل لنعقب ذلك ومن خلال اثر سادس ببيان امكان رجوع المحال الى المحيل •

٢٧٩ ـ اولا : انتقال الدين او المطالبة :

يترتب على حوالة الدين فى الفقه الاسلامى ـ وعلى خلاف فيه ـ انتقال الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه • وعلى ما اتضح لنا من كتب الفقه التى اطلعنا عليها فى الموضوع ، فان الخلاف بشأن هذا الأثر ليس خلافا بين المذاهب الأربعة فى هذا الفقه ، وانما هو خلاف فى نطاق المذهب الحنفى • اذ الأحناف يتفقون مع المذاهب الثلاثة الأخرى فى انتقال الدين على النحو السابق • لكن محمد بن الحسن وزفر من الأحناف ذهبا الى غير ذلك • ونبدأ بالأحناف ثم نشير الى باقى المذاهب •

عند الأحناف ، ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف الى القول بأن الذى ينتقل كأثر لحوالة الدين هو الدين المحال به ذاته ، وينتقل من ذمة المحيل الى ذمة

المحال عليه . وليس من شك فى أن ذلك يفترض بطبيعة الحال انتقال الدين والمطالبة به ايضا(٣٥) كما يفترض براءة ذمة المحيل فى مواجهة المحال .

وعلى خلاف ذلك ، قال محمد بانتقال المطالبة دون الدين ذاته .

بل ان من الأحناف من ذهب الى القول بأن ذمة المحيل لا تبرأ بالحوالة ، لا من الدين ولا المطالبة . ومفاد ذلك عدم انتقالهما وهذا هو رأى زفر . ولنا من نصوص الفقه الحنفى ما يوضح ما ذكرنا . فقد جاء فى شرح فتح القدير(٣٦) ما يلى « قوله واذا تمت الحوالة بالقبول برىء المحيل من الدين هذا قول طائفة من المشـايخ وهو المصحح من المذهب وقول طائفة أخرى لا يبرأ الا من المطالبة فقط وقال زفر لا يبرأ من المطالبة أيضا » وجاء فى البدائع(٣٧) أيضا « ولنا ان الحـولة مشتقة من التحـويل وهو النقل فكان معنى الانتقال لازما فيها ... واختلف مشايخنا المتأخرون فى كيفية النقل مع اتفاقهم على ثبوت أصله موجبا للحوالة ، قال بعضهم انها نقل المطالبة والدين جميعا . وقال بعضهم انها نقل المطالبة فحسب . فأما أصل الدين فباق فى ذمة المحيل » .

وفى حاشية رد المحتار لابن عابدين(٣٨) ورد أن المراد « نقل الدين مع المطالبة ، وقيل : نقل المطالبة فقط ونسب الزيلعى الأول الى ابى يوسف والثانى الى محمد » .

ويتضح لنـا من كل ما تقـدم ، أن الرأى فى المذهب الحنفى ـ بغض النظر عن الخـلاف فيـه ـ يتمثل فى أنه يترتب على حـوالة الدين انتقـال الدين ذاته ، وكذا المطالبة به من ذمة المحيل وهـو المدين الأصلى الى ذمة المحال عليـه وهـو المـدين الجـديد . ومن ثم تبرأ ذمة المحيل فى مواجهة المحال وهو الدائن .

---

(٣٥) ويمكن ان نرى هذا الاثر من خلال تعريف الاحناف لحوالة الدين فى المـادتين ٦٧٣ من مجلة الاحكام العدلية ، ٨٧٦ من مرشد الحيران وقد عرضنا لهما من قبل .

(٣٦) شرح فتح القدير للعاجز الفقير الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن عبد الحميد بن مسعود السيواسى ثم السـكندرى المعروف بابن الهمـام . دار احياء التراث العربى ، بيروت ، الجزء السادس ، ص ٣٤٧ .

(٣٧) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ، مشـار اليه من قبل ، الجـزء السابع ص ٣٤٣٩ ـ ٣٤٤٠ .

(٣٨) حاشية رد المحتار لابن عابدين ويليه التكملة لنجل المؤلف ، مشار اليه من قبـل ، الجزء الخامس ، ص ٣٤٠ .

ويلاحظ أن النقـل ـ اى نقـل الدين من ذمة الى اخرى ـ انما هـو نقـل حكمى لا حسى • جاء فى فتح القدير « والنقل فى الدين لا فى العين لأن هذا نقل شرعي والدين وصف شرعى •••••• أما العين فحسى فلا ينتقل بالنقـــل الشرعى بل يحتاج الى النقل الحسى »[39] •

ومفهومنا لذلك أنه عندما نتكلم عن انتقال الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه كأثر لحـوالة الدين ، فان المقصود نقـل الدين او انتقاله حكميا او اعتباريا وليس نقلا حسيا • فهو نقل حكمى يخرج عنه الكفالة لأنهما ضم ذمة الى اخرى •

وليس نقلا حسيا ، يخرج عنه العين •

ويشارك الأحناف فى الأثر المتقدم لحوالة الدين : المالكية[40] والحنابلة[41] والشـــافعية[42] •

٢٨٠ ـ ثانيا ـ انتقال الدين بصفته :

يتحول الدين ، فى نطـاق اثر ثان للحوالة ، على المحال عليه بصفته التى على المحيل • وعند الحنفية ، نصت على هذا الحكم المـادة ٨٩٦ من مرشد الحيران واضافت : « فاذا كان الدين على المحيل حالا تكون الحوالة به على المحتال عليه حالة ويدفـع المحتال عليه الدين المحال به معجلا • واذا كان الدين على المحيل مؤجلا تكون الحوالة به على المحتال عليه مؤجلة ولا يلزم الدفع

(٣٩) شرح فتح القدير لابن الهمام ، مشار اليه من قبل ، الجزء السادس ، ص ٣٤٦ •

(٤٠) قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٥٥ •

(٤١) كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثالث ، ص ٣٨٢ ـ ٣٨٣ ـ غاية المنتهى للشـــيخ مرعى بن يوسف ، مشار اليه من قبل ، الجـــزء الثانى ، ص ١١١ •

(٤٢) المهذب للشيرازى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الاول ، ص ٣٤٤ ـ ٣٤٥ •

الا عند حلول الأجل » • ويترتب نفس الأثر عند المالكية[٤٣] والحنابلة[٤٤] والشافعية[٤٥] •

٢٨١ – ثالثا – انتقال التأمينات :

وعن التأمينات التى كانت تضمن الوفاء بالدين المحال به فانها تبقى ضامنة للدين بعد تحوله عند محمد ، خلافا لأبى حنيفة وأبى يوسف اللذين يريان أنها تنقضى ولا تنتقل بالحوالة • ويتفق معهما فى ذلك رأى الشافعية • ونعرض فيما يلى للرأى الأخير أولا ثم نعرض لخلاف الحنفية •

بالنسبة للشافعية ، فالرأى عندهم انقضاء ما كان يضمن الدين من تأمينات بالحوالة • ولنا من نصوص تحفة المحتاج بشرح المنهاج ما يوضح ذلك[٤٦] • وجاء به « وفى المطلب ان أطلق الحوالة ولم يتعرض لتعلق حقه بالرهن فينبغى أن تصح وجها واحدا وينفك الرهن كما اذا كان به ضامن فأحال عليه به من له دين لا ضامن به صحت الحوالة وبرئ الضامن لأنها معاوضة واستيفاء وكل منهما يقتضى براءة الأصيل فكذا يقتضى فك الرهن فان شرط بقاء الرهن فهو شرط فاسد تفسد به الحوالة » • ونستخلص من ذلك انه لو كان هناك تأمين يضمن الدين المحال به مثل الرهن فان هذا التأمين – والأصل وجوده قبل التحويل – ينقضى بالحوالة ، وحتى لو اشترط بقاؤه فان هذا الشرط يقع فاسدا ، وتفسد به الحوالة • وعلى ذلك فالمحتال (المحال) لا يستفيد فى كل الأحوال بما كان يضمن الدين المحال به من تأمينات •

ونفس الحكم فى انقضاء التأمينات التى كانت تضمن الوفاء بالدين المحال به بالحوالة نراه عند الأحناف الا محمدا •

---

(٤٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثانى ، ص ٢٥١ • مع ملاحظة ما اشترطه المالكية فى الدين المحال به من أن يكون حالا • راجع قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، الموقع السابق •

(٤٤) كشاف القناع عن متن الاقناع ، للبهوتى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثالث ، ص ٣٨٥ – غاية المنتهى ، مشار اليه من قبل ، الموقع السابق •

(٤٥) المهذب ، للشيرازى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الأول ، ص ٣٤٥ •

(٤٦) تحفة المحتاج بشرح المنهاج للامام العالم العلامة الفهامة خاتمة المحققين شهاب الدين احمد بن حجر الهيتمى الشافعى • بهامش حواشى العلامتين الشيخ عبد الحميد الشروانى والشيخ احمد بن قاسم العبادى ، بيروت ، الجزء الخامس ، ص ٢٣٢ •

اذ يرى أبو حنيفة وابو يوسف انقضاء هذه التأمينات مثل الشافعية ٠

وفى حاشية رد المحتار لابن عابدين ما يوضح ذلك ٠ ومما جاء به فى هذا الخصوص « وفى الحامدية عن فتاوى قارىء الهداية اذا أحال الطالب انسانا على مديونه وبالدين كفيل برىء المديون من دين المحيل وبرىء كفيله ويطالب المحتال الأصيل لا الكفيل لأنه لم يضمن له شيئا لكنها براءة موقوفة : وكذا اذا أحال المرتهن بدينه على الراهن بطل حقه فى حبس الرهن ولا يكون رهنا عند المحتال »(٤٧) ٠

ويتضح لنا من هذا النص الفقهى أنه يترتب على حوالة الدين انقضاء التأمينات التى كانت تضمن الدين المحال به قبل الحوالة فلو كان هذا التأمين رهنا وأحال المرتهن دينه المضمون به لدى الراهن ، انتقل هذا الدين ـ وكأثر المحوالة ـ مجردا من ذلك الرهن دون أن يستفيد منه المحتال ٠ وهذا على رأى أبى حنيفة وأبى يوسف ٠ ويختلف عنهما فى الحكم محمد صاحب ابى حنيفة ٠ اذ يرى بقاء التأمينات التى كانت تضمن الوفاء بالدين على الرغم من حوالته ٠ جاء فى شرح فتح القدير « وجعل شيخ الاسلام هذا الخلاف بين أبى يوسف ومحمد ٠ فعند ابى يوسف ينتقل الدين والمطالبة وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين ، قال وفائدة هذا الخلاف تظهر فى مسألتين احداهما أن الراهن اذا أحال المرتهن بالدين فله أن يسترد الرهن عند أبى يوسف كما لو ابرأه عنه وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن »(٤٨)

واذا كان لنا ما يقوله استخلاصا من هذا النص ، فان الخلاف بين الأحناف بشأن التأمينات التى تضمن الدين المحال به انما يرجع الى اختلافهم بشأن الأثر الأول للحوالة ٠ فأبو حنيفة وأبو يوسف من رأيهما أن حوالة الدين يترتب عليها انتقال الدين من ذمة المحيل الى المحال عليه ، مما يفيد ـ بطبيعة الحال ـ براءة ذمة هذا المحيل من الدين ومن ثم المطالبة به ولازم ذلك انقضاء التأمينات التى كانت تضمن الوفاء بالدين ٠ أما محمد فيرى أن الانتقال يرد على المطالبة دون الدين على ما ذكرنا مما يعنى براءة ذمة المحيل ومن المطالبة فقط ٠ وما دام الدين باقيا فى ذمة المحيل على هذا النحو ، يبقى معه كذلك ما كان يضمن الوفاء به من تأمينات على الرغم من الحوالة ٠

---

(٤٧) حاشية رد المحتار لابن عابدين ويليه التكملة لنجل المؤلف ، مشار اليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٣٤٠ ٠

وقد اخذت مجلة الاحكام العدلية بهذا الحكم بخصوص انقضاء التامينات فى المادة ٦٩٠ ٠

(٤٨) شرح فتح القدير لابن الهمام ، مشار اليه من قبل ، الجزء السادس ، ص ٣٤٨ ٠

٢٨٢ - رابعا : الدفوع :

يستطيع المحال عليه أن يتمسك فى مواجهة المحال بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة · أى تلك الدفوع التى تتعلق بالدين · كما لو كان باطلا · كذلك فان المحال عليه يمكنه أيضا أن يتمسك فى مواجهة المحال بالدفوع المستمدة من علاقته به مثل الدفع بالمقاصة ·

ولكن لا يجوز للمحال عليه التمسك ضد هذا المحال بالدفوع المستمدة من علاقة الأخير بالمحيل ·

هذه الأحكام هى النتيجة المنطقية فى نظر العلامة السنهورى لرأى الأحناف ـ عدا محمد ـ بخصوص انقضاء التأمينات[٤٩] ·

وفى هذا المجال ، ذهب البعض ، واستخلاصا من نصوص مجلة الأحكام العدلية ، الى أن أسباب الدفع المتعلقة بالدين انما تنتقل من المديون الى من التزم بالدين ، الا أن وسائل الدفع الخاصة بشخص المديون السابق لا يخلق للمديون الجديد أن يتمسك بها وان كان يحق له أن يتمسك بأسباب الدفع المختصة بشخصه[٥٠] ·

٢٨٣ ـ خامسا : رجوع المحال عليه على المحيل :

اذا قام المحال بمطالبة المحال عليه الذى وفى بالدين كان للاخير حق الرجوع بما دفع · ويختلف الامر حسب نوعين للحوالة فى المذهب الحنفى[٥١] ·

---

(٤٩) السنهورى ، الوسيط ، الجزء الثالث ، ص ٤٢٥ ـ ٤٢٦ ، ص ٤٣٠ ·

(٥٠) صبحى محمصانى ، المرجع السابق ، ص ٦٠٩ ·

(٥١) عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ، ص ٢٢٦ ، رقم ٣٢٦ ـ ٣٢٨ على الخفيف المرجع السابق ، الموقع السابق ـ وقد أخذ التقنين المدنى الكويتى الجديد بأحكام الحوالة المقيدة كما أوجزنا عن الفقه الاسلامى فى المواد ٣٨٥ ـ ٣٨٧ واخذ بأحكام الحوالة المطلقة فى المادتين ٣٨٨ ، ٣٨٩ ·

النوع الاول : ويسمى الحـوالة المطلقة • وفيها يحيل المدين بدينه غريمه على آخر بحيث لا يكون هـذا المحال عليه مدينا للمحيل أو يكون ولكن لم تقيد الحـوالة بهـذا الدين • أى لم يخصص المحيل دينه لدى المحال عليـه للوفاء بحق المحال (مادة ٨٧٨ من مرشـد الحيران) ، وهـذه هى حـوالة الدين بالمعنى الدقيق لذلك • فاذا كانت الحـوالة مطلقة ودفـع المحال عليـه الدين للدائن سقط ما عليه للمحيل قصاصا بقـدر ما أدى اذا كان مدينا للمحيل •

أما اذا لم يكن مدينا للمحيل وأدى عنه الدين بأمره رجـع عليه بمثله ، فان أدى بلا أمره فهو متطوع لا رجـوع له عليه بمـا أدى (مادة ٨٩٢ من مرشـد الحيران) •

والنوع الثانى : ويسمى الحـوالة المقيدة • وفيها يحيل المدين بدينـه غريمه على المحال عليه حـوالة مقيدة بادائه من الدين الذى للمحيل فى ذمة المحال عليه أو من العين المتروكة عنده أمانة أو مغصوبة • فاذا كانت الحـوالة من هـذا النوع فان الحـق الذى للمحيل فى ذمة المحال عليـه سواء كان دينا أو عينا مانة أو مغصوبة يخصص للوفاء بالدين المحال به • فـلا ينتقـل هـــذا الحـق للدائن • ونتيجة ذلك ان المحيل ليس له أن يطالب المحال عليه وليس للأخير أن يدفـع ما فى ذمته ـ سواء أكان دينـا أم كان عينا أمانة أو مغصوبة ـ للمحيل • وان أداه له ضمنها للمحال ويستطيع الرجـوع بها على المحيــل (مادة ٨٩٣ من مرشـد الحيران) • هـذا بخـلاف الحـوالة المطلقة حيث لا تنقطـع فيها مطالبة المحيل للمحال عليه لو كان الاخير مدينا له وهـــذا متصور فى الحـوالة المطلقة على ما ذكرنا • كل ما هنالك أن الحـوالة لم تتقيد بهـذا الدين ومن هنا كان اطلاقها • فالمحيل يستطيع أن يطالب المحال عليــه وبعـد الحـوالة بماله ، سواء أكان دينا أم عينا أمانة أو عينا مغصوبة •••• (مادة ٨٩٢ من مرشـد الحيران) • ومعنى ذلك ان فى الحـوالة المقيدة تنقطع مطالبة المحيل للمحال عليه على نحـو ما ذكرنا •

٢٨٤ ـ سادسا : مدى رجـوع المحال على المحيل :

اذا لم يتمكن المحال من الحصول على المحال به من المحال عليه كان لـه الرجـوع على المحيل عند جانب من الفقـه الاسلامى دون آخر ، فيجوز ذلك عند الاحناف • ولنا ممـا جاء فى البدائع ما يؤكد ذلك ويوضحه • فبخصوص ما يخرج به المحال عليه من الحـوالة ورد « انه يخرج من الحـوالة بانتهـاء حكم الحـوالة وحكم الحـوالة ينتهى بأشياء منها فسخ الحـوالة ، لأن فيهـا معنى معاوضـــة المـال بالمـال فكانت محتمـــلة للفسخ ومتى فسخ تعـــود

المطالبة للمحيل • ومنها التوى عند علمائنا ٠٠٠٠٠٠٠٠ ثم التوى عند أبى حنيفة رحمه الله بشيئين لا ثالث لهما • احدهما أن يموت المحال عليه مفلسا والثانى أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة للمحال ، وقد قال ابو يوسف ومحمد بهما وبثالث وهو أن يفلس المحال عليه حال حياته ويقضى القاضى بافلاسه بناء على ان القاضى يقضى بالافلاس حال حياته عندهما ، وعنده لا يقضى به ٠٠٠٠٠٠ »(١) •

ونستخلص مما تقدم انه وان كانت حوالة الدين فى المذهب الحنفى من شأنها براءة ذمة المحيل الا أنه يجوز مع ذلك للمحال أن يرجع على المحيل خاصة اذا توى حقه أى هلك •

وعند المالكية ، يجوز للمحال ايضا أن يرجع على المحيل اذا أغره هذا واحاله بدون علمه على من كان عديما مفلسا قبل الحوالة او على من كان حقه باطلا • فقد ورد فى قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى « فاذا وقعت الاحاله برئت ذمة المحيل من الدين الذى كان عليه للمحال وانتقل الى طلب المحال عليه • ولا رجوع للمحال على المحيل أن أفلس المحال عليه أو أنكر الا ان يكون المحيل قد غر المحال لكونه يعلم فلس المحال عليه أو بطلان حقه قبله ولم يعلم المحال بذلك »(٢) •

أما الحنابلة ، فلا يجوز عندهم رجوع المحال على المحيل •

فقد نصت المادة ١١٨١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل على أنه « متى صحت الحوالة برئت ذمة المحيل من المحال به وليس للمحتال الرجوع عليه » ومفهوم ذلك ان براءة المحيل

---

(٥٢) بدائع الصنايع فى ترتيب الشرائع للعلامة الفقية علاء الدين ابى بكر بن مسعود الكاسانى ، مشار ليه من قبل ، الجزء السابع ، ص ٣٤٤١ — ٣٤٤٢ •

واستند الحنفية الى ما روى عن سيدنا عثمان رضى الله عنه انه قال فى المحال عليه اذا مات مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل وقال : لا توى على مال امرىء مسلم وعند شريح مثل ذلك ذكره محمد فى الاصل ولم ينقل عن احد من الصحابة خلافه فكان اجماعا ولان الدين كان ثابتا فى ذمة المحيل قبل الحوالة •

(٥٢) قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٥٥ •

هي مطلقة بحسب الأصل • وعلى الرغم من ذلك نصت المادة ١١٨٢ من هذه المجلة على انه « اذا رضى المحتال بالحوالة من ظنه مليئا او جهل حاله من غير اشتراط ملاءته برئت ذمة المحيل وليس للمحتال الرجوع عليه اما اذا لم يصدر منه الرضى كان له الرجوع على المحيل » •

ونستخلص من أنه يمكن للمحتال أن يرجع على المحيل اذا ثبت أن المحال عليه معسر ولم يكن المحتال (الذى يجهل حالة المحال عليه ولم يشترط ملاءته) قد رضي بالحوالة • ولا يفوتنا الا اذا لم يكن المحال عليه مليئا (م ١١٧٠ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد ابن حنبل)•

وعند الشافعية ، لا يجوز ايضا أن يرجع المحال على المحيل ، لأن الحوالة « اما أن تكون تحويل حق أو بيع حق وأيهما كان وجب ان تبرا به ذمة المحيل •••• وان احاله على مليء فافلس او جحد الحق وحلف عليه لم يرجع الى المحيل لأنه انتقل حقه الى مال يملك بيعه فسقط حقه من الرجوع »(٥٣) •

---

(٥٣) المهذب للشيرازى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الاول ، ص ٣٤٥ •

الباب الرابع

انقضاء الالتزام

٢٨٥ ـ تمهيد وتقسيم :

ذكرنا فى تقديم هذه الدراسة اننا سوف نتصدى فيها للالتزام على مرحلتين · الأولى ونواجه فيها الالتزام فى حياته ·· وفى الثانية نواجه الالتزام فى مماته ·

وعن الالتزام فى حياته ، فقد عرضنا لآثاره ، وما يمكن أن يلحقه من أوصاف ، وكيفية انتقاله · اما عن الالتزام فى مماته ، فاننا نتناول بالدراسة أسباب انقضاء هذا الالتزام ·

ومن هذه الأسباب نقول : ان الأثر الجوهرى للالتزام هو تنفيذه · والأصل فى هذا التنفيذ أن يكون اختياريا ويتم بالوفاء بهذا الالتزام · والوفاء على هذا النحو بقدر ما هو أثر للالتزام ، فانه الطريق الطبيعى لانقضائه · وفضلا عن ذلك ، فان الالتزام يمكن أن ينقضى أيضا بعدة طرق أخرى غير الوفاء به ، وهذه الطرق منها ما يوفر للدائن ما كان يحصل عليه بالوفاء ، ومنها مالا يوفر ذلك للدائن ، وعن الاولى فهى الوفاء بمقابل والتجديد والانابة والمقاصد واتحاد الذمة ، وعن الثانية فهى الابراء واستحالة التنفيذ ومنع سماع الدعوى بمرور الزمن (التقادم) ·

٢٨٦ ـ خطة البحث :

ونبحث انقضاء الالتزام بالوفاء ثم بما يعادله وبما لا يعادله · كل ذلك فى فصول ثلاثة على التوالى :

الفصل الأول : الوفاء ·

الفصل الثانى : انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ·

الفصل الثالث : انقضاء الالتزام دون وفاء ·

---

(٥٤) راجع فى تقسيم اسباب انقضاء الالتزام :

السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٣٥٣ ، ص ٦٣١ وما بعدها ·

ويلاحظ اننا اخذنا فى تقسيم أسباب انقضاء الالتزام بالتقسيم الذى انتهجه المشرع المدنى الكويتى ·

الفصــل الأول

الوفـــاء

LE PAIEMENT

٢٨٧ ـ تقسـيم :

يقصد بالوفاء بالالتزام بتنفيذه اختيارا (١) • واذا كان الاصل عـدم معارضة الدائن لذلك ، فقـد يحـدث الاعتراض الذى يتصـور معـه اجبـار هـذا الدائن على قبـول الوفاء الذى يتم بارادة الموفى • ونبحث الوفاء فى النقـاط التاليـة :

- أطراف الوفـاء •
- موضـوع الوفـاء •
- الوفـاء بارادة الموفى وحـده •
- ظروف الوفـاء •
- آثار الوفـاء •
- الوفـاء فى الفقـه الاسـلامى •

ونخصص لكل منها مبحثا مستقلا •

MARTY et RAYNAUD : op. cti., n. 552, p. 600, n. 553, p. 600-601.

(١) راجع فى التكييف القانونى للوفاء :

السنهورى ، المرجع السابق رقم ٣٥٧ ، ص ٦٣٥ وما بعدها •

وراجع فى موضوع الوفاء بصفة عامة :

GAUDIN DE LA GRANGE (E.) et RADOUANT (J.) : "PAIEMENT" ré pertoire de droit civil 2 éd Mise a Jour, 1979, T.V.

المبحث الأول

أطراف الوفـاء

LES PARTIES AU PAIEMENT

اولا – الموفى

٢٨٨ – قاعـدة واسـتثناء :

الأصـل ان يقـوم المدين بنفسه بالوفاء بالتزامه ٠ واستثناء على ذلك يمكن ان يقـوم بالوفاء شخص آخر غير المـدين ٠ فقـد نصت المـادة ١/٣٩١ مدنى كويتى على أن وفاء الدين يكون من المدين كما يصح ممن له حـق الحلول القانونى محـل الدائن وفقـا للمـادة ٣٩٤[1] ٠

وتبعا لذلك ، فان الوفاء كما يكون من المدين نفسه يكون أيضا ممن ينوب عنه مثل الوكيل ٠ كما يمكن ان يقـوم بالوفاء من حـددتهم المـادة ٣٩٤ وهم اشخاص لهم حـق الحلول القانونى بموجب هـذا النص ٠ كما لو كان الموفى ملزما بالدين مـع المدين أو كان دائنا ووفى دائنا آخر مقـدما عليه بمـا له من تامين عينى ٠ وسـوف نعرض لهـذه الحالات تفصيلا فيما بعـد بمناسـبة آثار الوفاء ٠ وفى حالات الوفاء المتقـدمة ، من المدين أو غيره ، ليس للدائن – بحسب الأصـل الاعتراض على الوفاء ٠ ويجـوز له هـذا الاعتراض استثناء على الأصـل السابق فى الحالات التالية :

١ – اذا كان هناك اتفـاق يقضى بوجـوب قيـام المدين بنفسه بالوفاء ٠ (م٠ ٣/٣٩١ مدنى كويتى) ٠

٢ – اذا كانت طبيعة الالتزام تستوجب ان يتولى المدين بنفسه أمر تنفيذه والوفاء به ٠ كما لو كان من الاعمال التى تستوجب التدخل الشخصى لهـذا المـدين كما ذكرنا عند دراسة الغرامة التهـديدية ٠ (م٠ ٣/٣٩١ مدنى كويتى) ٠

---

(١) راجع حـكم المـادة ٣٢٣ مدنى مصرى ٠

٣ ـ يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين اذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض (م٠ ٢/٣٩١ مدنى كويتى) ٠

ومعنى ذلك انه ليس للغير ان يجبر الدائن على قبول الوفاء منه ، الا أن الدائن يمكنه قبول هذا الوفاء رغم اعتراض المدين ٠

٢٨٩ ـ شروط الموفى :

استوجبت المادة ١/٣٩٢ مدنى كويتى (١/٣٢٥ مدنى مصرى) أن يكون مالكا للشىء الذى وفى به وان يكون اهلا للتصرف فيه ٠ فيشترط أولا أن يكونَ الموفى به مملوكا للموفى ٠ فاذا لم يكن للموفى له أن يطالب بطلان الوفاء وان يرد الشىء ويكون له أن يطالب المدين بالوفاء بشىء مملوك له ٠ ويشترط ثانيا توافر الاهلية لدى الموفى ٠ ويختلف الأمر بحسب ما اذا كان الموفى هو المدين أو غيره ٠ فاذا كان هو المدين ، تعين أن تتوافر فى جانبه اهلية التصرف والا كان وفاؤه قابلا للابطال ٠ومع ذلك فالوفاء من ناقص الاهلية بشىء مستحق عليه يكون صحيحا ، اذا لم يلحق الوفاء ضررا به (م٠ ٢/٣٩٢ مدنى كويتى ـ م٠ ٣٢٥ مدنى مصرى) ٠ وتفسير ذلك ، أن المدين وقد وفى بالالتزام وهو ناقص الأهلية ، فانه يكون قد قام بتصرف يمكن اجباره عليه اذا لم يقم به اختيارا ٠ ومن ثم فانه اذا طلب ابطال الوفاء لنقص أهليته فان ذلك يتعلق بوفاء اختيارى قام به ويمكن للدائن أن يجبره على التنفيذ والوفاء ٠ وعليه فالمدين الموفى ناقص الاهلية ليس له مصلحة فى طلب ابطال الوفاء ، واذا طلبه لا يحكم له به لانعدام المصلحة والمصلحة مناط الدعوى(٢) ٠ ويظل الوفاء صحيحا وينقضى به الالتزام ٠ كل ذلك الا اذا ترتب على وفاء المدين وهو ناقص الأهلية ضرر ٠ كما لو وفى قبل حلول الاجل ٠ اذ فى هذه الحالة تكون له مصلحة فى طلب ابطال الوفاء لنقص أهليته ٠

أما اذا كان الموفى غير المدين ، وجب توافر أهلية التصرف لديه اذا لم يقصد التبرع للمدين ، الا اذا قصد من الوفاء التبرع لهذا المدين تعين أن تتوافر أهلية التبرع ٠

٢٩٠ ـ رجوع الموفى اذا كان شخصا آخر غير المدين :

وبالوفاء ينقضى الالتزام ٠ لكن اذا كان الموفى غير المدين كان له الرجوع

---

(٢) محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ١٧٨ ، ص ١٥٦ راجع فى المعنى ايضا المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ص ١٩٦ ٠

على المدين بقدر ما دفع ونصت على ذلك المادة ١/٣٩٣ مدنى كويتى (م٠ ١/٣٢٤ مدنى مصرى) ٠ وفى الواقع فان هذا الرجوع يفترض أن ذاك الموفى ليس متبرعا ٠

ويلاحظ انه يجوز للمدين الذى حصل الوفاء دون علمه أو رغم ارادته أن يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه كلا أو بعضا اذا اثبت ان له مصلحة فى الاعتراض على الوفاء ٠ ونصت على هذا الحكم المادة ٢/٣٩٣ (م٠ ٢/٣٢٤ مدنى مصرى) ٠ وتظهر مصلحة المدين فى الاعتراض جلية اذا كان قد سبق له أن وفى للدائن او كان يريد التمسك بالمقاصة القانونية فى مواجهته ٠ ويكون الرجوع فى جميع الاحوال بدعوى الفضالة أو الاثراء ٠

ثانيا - الموفى لـه

٢٩١ - الأصل أن يكون الوفاء للدائن او نائبه :

تتقرر المادة ١/٣٩٩ من القانون المدنى الكويتى القاعدة فى هذا الشأن بقولها « يكون الوفاء للدائن » ٠ والقاعدة تضمنتها ايضا المادة ١/٣٣٢ مدنى مصرى اذ قالت « يكون الوفاء للدائن أو نائبه ٠٠٠ »[٣] ويلاحظ أن المشرع لم يستطرد الى شروط أهلية الموفى له اغتناء بما جاءت به القواعد العامة بشأن تصرفات ناقص الأهلية ٠ وعلى كل حال ، فانه من المتعين أن تتوافر لدى الدائن أهلية استيفاء الدين وإلا كان استيفاؤه قابلا للابطال ٠ هذا اذا كان الوفاء للدائن ٠ اما اذا كان الوفاء لنائبه ، كان من المتعين ان يكون الاستيفاء ضمن حدود النيابة ٠

وقد تناول المشرع فى المادة ٢/٣٩٩ مدنى كويتى (م٠ ٣٣٢ مدنى مصرى) فرضا قضى فيه بصحة الوفاء الى من قدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ما لم يكن هناك اتفاق على الوفاء للدائن بشخصه أو لنائبه ٠ وقد تغيا المشرع بذلك أن يجعل من المخالصة قرينه على أن من قدمها له صفة فى استيفاء الدين ، على أن تنتفى هذه القرينة بوجود اتفاق مسبق على أن يكون الوفاء للدائن بنفسه أو لمن ينوب عنه ٠ اذ يتعين عندئذ على المدين أن يرفض الوفاء حتى يستوثق من صفة من بيده المخالصة ٠

---

(٣) راجع فى القانون المدنى الفرنسى ٠

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 558, p. 603.

٢٩١ – براءة ذمة الموفى استثناء بالوفاء لغير الدائن أو نائبه :

ذكرنا أن القاعـدة أن يكون الوفاء للدائن أو نـائبه ومقتضى هـذه القاعـدة أن الوفاء لغير الدائن أو نائبه لا يكون مبرئا للذمة • واستثناء على ذلك نص القانون المـدنى على حالات ثلاثة تبرأ فيها ذمة المـدين على الرغم من ان الوفاء قـد حصـل لغير الدائن ونائبه • وقـد ضمن المشرع المدنى الكويتى هـذه الحالات نص المـادة ٤٠٠ (م• ٣٣٣ مدنى مصرى) وهى على النحو التالى :

١ ـ تبرأ ذمة المـدين اذا وفى لغير الدائن ونائبه اذا أقر الدائن هـذا الوفـاء •

٢ ـ تبرأ ذمة المدين بالوفاء الحاصل لغير الدائن ونائبه اذا عادت على الدائن منفعـة من هـذا الوفاء • وتبرأ ذمة المـدين بقـدر هـذه المنفعة • مثال ذلك أن يوفى المـدين لشخص كان دائنا للدائن باعتبار ذلك استيفاء لحـق هـذا الشخص قبل دائن هـذا المـدين • وهـذا يفترض بطبيعة الحال أن هـذا الشخص له حـق التقـدم على سـائر دائنى هـذا الدائن •

٣ ـ اذا تم الوفاء بحسن نيـة لشخص ظاهر بمظهر الدائن • وقـد نصت على هـذا الحكم أيضا المـادة ١٢٤٠ من القانون المـدنى الفرنسى • ويشترط الفقـه الفرنسى أن يكون الموفى حسن النيه حتى تبرأ ذمته(٤) •

---

(٤) راجـع

MARTY etRAYNAUD : op. cit., n. 558, p. 504.

وراجع ايضا الحالة الاولى والثانية فى المـادة ١٢٣٩ مدنى فرنسى •

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 559.

المبحث الثانى

موضـوع الوفـاء

٢٩٢ ـ يتعلق البحث هنا بالاجابة عن تساؤل : بم يلتزم المدين فى وفائه ؟ تتحـدد الاجابة عن هـذا التساؤل وفقـا لقاعـدتين هما الأساس :

الاولى : وتقضى بوجوب وفاء المدين بالشىء المستحق والثانية وتخص عـدم جـواز تجزئة الوفاء ٠

٢٩٣ ـ قاعـدة وجـوب الوفاء بالشىء المستحق(١) :

ضمن المشرع المدنى هـذه القاعـدة المـاده ٤٠٥ مدنى كويتى ونصـها كالآتى « يكون الوفاء بالشىء المستحق فليس للمـدين أن يفى بغيره بدلا عنه ، بدون رضـاء الدائن » ومعنى ذلك أن الشىء المستحق اصـلا هو الذى به يكون الوفاء ٠ اذ لا يجبر الدائن على قبول الوفاء بشىء آخر بدلا عنه ٠ وهـو ما نصت عليه أيضا المـادة ٣٤١ مدنى مصرى ٠ وتبعا لذلك ، فاذا كان التزام المـدين هو التزام بالقيام بعمل مثلا ، تعين عليه ان يقوم بالعمل ذاته دون غيره ، وكذا الأمر اذا كان التزامه بامتناع عن عمـل ٠ اذ يكون قـد وفى بالالتزام بالامتناع عن اتيـان العمل محـل الالتزام بالامتناع ٠ وتطبيقا لذلك أيضا ـ على سبيل المثال ـ فانه اذا كان المـدين ملتزما بأداء مبلغ نقـدى لن يتحقق الوفاء الا اذا ادى هـذا المـدين المبلغ كما هـو محـدد فى مصـدر التزامه به ٠ وغير خاف أن قاعـدة وجـوب الوفاء بالشىء المستحق لا تتعلق بالنظام العام اذ يمكن الخروج عليها بالاتفـاق ٠ وفى هـذه الحالة ـ حيث يقبل الدائن البديل ـ نكون بصـدد وفـاء بمقـابل ٠

٢٩٤ ـ قاعـدة عـدم جـواز تجزئة الوفاء :

ذكرنا ان الأصـل هـو وجـوب وفاء المـدين بالشىء المستحق عليـه دون غيره ٠ والمـدين اذ يجب عليه ذلك ، فانه يتعين عليه الوفاء بكل الشىء

---

(١) راجـع :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 561, p. 604-605.

GAUDIN DE LA GRANGE et RADOUANT : op. cit., n. 91.

المستحق • اذ لا يجوز له ان يجبر الدائن على قبول الوفاء بجزء من هذا المستحق • فالوفاء على هذا النحو يخضع لقاعدة عدم التجزئة • وقد نصت المادة ١/٤٠٦ مدنى كويتى « على انه لا بجوز للمدين ان يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئيا لحقه ٠٠٠٠ » (م٠ ١/٣٤٢ مدنى مصرى) • وقد خرج المشرع على هذه القاعدة(٢) • بأن اجاز للدائن والمدين الاتفاق مقدما على تجزئه الوفاء (م٠ ١/٤٠٦ مدنى كويتى – ١/٣٤٢ مدنى مصرى) • اضافة الى ذلك ، فقد أضاف المشرع فى المادة ٢/٤٠٦ مدنى كويتى (٢/٣٤٢ مدنى مصرى) ما يمكن أن نتصوره اجازة للدائن بالنزول عن حقه فى التمسك بقاعدة عدم تجزئة الوفاء • فقد نصت المادة المذكورة على أنه اذا كان الدين متنازعا فى جزء منه وقبل الدائن أن يستوفى الجزء المعترف به فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء • ومعنى ذلك انه ليس للمدين ان يتمسك بقاعدة عدم تجزئة الوفاء وصولا منه الى رفض الوفاء – ولو بالجزء المعترف به – مستندا فى ذلك مثلا على أن النزاع لم يحسم بعد ويجب التريث • وفى هذا الصدد فانه والدائن قد نزل عن حقه فى التمسك بعدم التجزئة بقبوله الوفاء بالجزء المعترف به ، فاننا ننبه اولا الى أن الوفاء الجزئى يتم هنا بعيدا عن الاتفاق • وثانيا أن الأمر ليس من قبيل الاستثناء على قاعدة عدم تجزئة الوفاء • لأن الاستثناء عليها يفترض – فى نظرنا – أن الظروف متاحة للوفاء بكل المستحق وأهم عنصر فى هذه الظروف خلو الدين من النزاع • أما أن يكون الدين متنازعا فى جزء منه فانه لا يأخذ وصف الدين الا ما هو معترف به • وبناء على هذا يمكننا القول ايضا ان الوفاء هنا ليس جزئيا بل هو وفاء بكل ما هو ثابت فى ذمة المدين وهو الجزء المعترف به • سيما اذا

---

(٢) وقد يكون الخروج على قاعدة عدم تجزئة الوفاء بنص قانونى ايضا الى جانب الاتفاق وذلك كما جاء فى عجز الفقرة الاولى من المادة ١/٤٠٦

راجع امثلة على الخروج بالنص : محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ١٨٢ ، ص ١٦٣ •

راجع ايضا فى الاستثناءات القانونية على عدم تجزئة الوفاء :

السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٤٥١ ، ص ٧٦١ – ٧٦٢

وذكر منها المقاصة • وهى اذ تؤدى الى انقضاء الدينين بقدر الاقل منهما ، فان الوفاء بالجزء الباقى من الدين الأكبر يعد وفاء جزئيا •

راجع المادة ٢/٤٢٨ من القانون المدنى الكويتى بخصوص هذا الاثر للمقاصة (م٠ ٢/٣٦٥ مدنى مصرى) • وسوف نعرض لهـا تفصيلا فيما بعد فى باب انقضاء الالتزام – ومن الاستثناءات ايضا الدفع بالتقسيم فى حالة تعدد الكفلاء بعقد واحد وكانوا غير متضامنين م ١/٧٥٩ مدنى كويتى (م • ١/٧٩٢ مدنى مصرى) •

ادركنا مفهوم الدين فى الفقــه الاسلامى كما يلى : « للدين : هــو ما ثبت فى الذمة » ونصت على ذلك المــادة ١٩٠ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل •

٢٩٥ ــ نطــاق قاعــدة عــدم تجزئة الوفاء :

ان النطــاق الحقيقى لقاعــدة عــدم تجزئة الوفاء انمــا يتحــدد بحــالة يكون فيها الدين واحــدا وما يعرضه المــدين لا يكفى وفاء بأصــل هــذا الدين أو به وملحقاته ان وجــدت مثــل المصروفات (٣) • ولكن تثور صـــعوبة فى الحالة الأخيرة حيث يكون على المــدين ان يوفى ــ الى جانب أصــل الدين ــ ببعض الملحقات مثل المصروفات ،ولكن ما قــدمه للوفاء لا يغطى الأصــل والملحقات اذ كيف يتم خصم ما وماه المدين فى هــذه الحالة وصــولا الى تعيين ما تم الوفاء به من هــذا الأصل وتلك الملحقات ؟

تصــدى المشرع لهــذه الحالة فى المــادة ٤٠٧ مدنى كويتى بقــوله : « اذا كان المدين ملزما بأن يوفى مع الدين مصروفات وتعويضات عن التأجير فى الوفاء وكان ما اداه لا يفى بذلك جميعه خصم ما ادى من المصروفات ثم من التعويضــــات عن التأجير فى الوفاء ثم من أصــل الدين ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك »(٤) •

وتطبيقا لذلك ، فاذا كان أصــل الدين الف ريال يلتزم المــدين بالوفاء بها اضافة الى مائتى ريال مصروفات ، كان مجموع الدين ألفا ومائتى ريال • فاذا دفــع المــدين تسعمائة ريال منها يجرى الخصم كما يلى : يخصم ممــا دفعه أولا المصروفات ويعتبر قــد وفى بها كلها • ليكون الباقى ممــا دفــع هــو سبعمائة ريال تخصم من أصل الدين الذى يبقى منه ثلاثمائة ريال •

الا أن هذا الترتيب فى الخصم ليس من النظام العام اذ يجوز الاتفــاق ــ وعلى سبيل المثال ــ على ان يبــدأ الخصم من أصــل الدين •

---

(٣) راجع قاعدة عدم تجزئة الوفاء فى المــادة ١٢٤٤ مدنى فرنسى •

MARTY et RAYNAUD : op, cit., n. 562, p. 605.

(٤) راجع المــادة ٣٤٣ مدنى مصرى •

٢٩٦ - تعيين ما تم الوفاء به من الديون حال تعددها :

واذا كان نطاق قاعدة عدم تجزئة الوفاء يتحدد بحالة يكون فيها الدين واحدا على ما ذكرنا ، فانه يخرج عن هذا النطاق بطبيعة الحال الفرض الذى تتعدد فيه ديون المدين لدائن واحد ولو كان ما اداه المدين لا يغطى كل هذه الديون • وعلى الرغم من ذلك فأن هذا الفرض قد يثير صعوبة فى تعيين ما تم الوفاء من الديون تلك دون غيرها(٥) •

وبدهى ، فلا محل لأى صعوبة اذا كانت الديون المتعددة مختلفة فى جنسها • فاذا كان محل التزام - وهذا دين - يتمثل فى دفع مبلغ نقدى الى جانب التزامه تجاه نفس الدائن بالمبلغ بتسليم بضاعة وهذا دين آخر فاذا دفع المبلغ فقط او سلم البضاعة فان امر تعيين ما تم الوفاء به وما بقى دونه لا يثير اى صعوبة • لكن الصعوبة فى التعيين تثور اذا كانت الديون المتعددة من جنس واحد • كما اذا كان المدين ملتزما تجاه الدائن بأداء مبلغ نقدى معين وفاء لقرض وملتزم تجاه هذا الدائن بمبلغ مماثل باعتباره ثمنا لشراء شئ • فاذا قام المدين بأداء مبلغ منهما نشأت صعوبة فى تعيين الدين الذى تم الوفاء به دون غيره •

تصدت لذلك المادة ٤٠٨ من القانون المدنى الكويتى (م• ٣٤٤ مدنى مصرى) ونصت على أن للمدين أن يعين عند الوفاء الدين الذى يريد الخصم منه ما لم يمنعه اتفاق مسبق من ذلك او يحول بينه وبين حقه فى التعيين مانع قانونى • ومثال المانع القانونى ان يكون دين منها لم يحل اجله والاجل مقرر لمصلحة الدائن • اذ لا يجوز للمدين أن يختار الوفاء به(٦) •

وعلى الرغم من ذلك ، قد يحدث ألا يقوم المدين بالتعيين • وتصدت لهذا الفرض المادة ٤٠٩ من القانون المدنى الكويتى (م• ٣٤٥ مدنى مصرى) ويجرى نصها على التالى :

« اذا لم يعين الدين الذى تم الوفاء به على الوجه المبين فى المادة ٤٠٨ ، كان الخصم من حساب الدين الذى حل ، فاذا تعددت الديون الحالة فمن

---

(٥) راجع فى موقف القانون المدنى الفرنسى :

AL, imputation des paiements.

CARBONNIER : op, cit., n. 128. p. 497 et S.

MARTY et RAYNAUD : op, cit., n. 606, p. 640 et S.

(٦) راجع : محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ١٨٣ ، ص ١٦٥ •

حساب أشدها كلفة على المدين فاذا تساوت الديون فى الكلفة فمن حساب الدين الذى يعينه الدائن » ٠

ويتضح منها أن الوفاء يقع من الدين الذى حل ٠ وذلك تمشيا مع نية المدين المفترضة وقت الوفاء دون تعيين ٠ فاذا تعددت الديون الحالة فان الوفاء يقع من أشدها كلفة على المدين تقديرا بأن ذلك هو الاصلح له والأكثر اتفاقا مع قصده عند الوفاء دون تعيين(٧) ٠ كما لو كان احد هذه الديون يعرض المدين للحبس اذا لم يف به مثل دين النفقة ٠ فاذا تساوت الديون فى شدة الكلفة ، كان للدائن ـ والفرض ان المدين لم يعين الدين الذى يفى به ـ أن يعين الدين الذى يقع الوفاء منه ٠

---

(٧) راجع : المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، ص ١٩٩ ٠

المبحث الثالث

الوفاء بإرادة الموفى وحـده

٢٩٧ ـ قـد يمتنع الدائن ودون مبرر عن قبـول الوفاء · والمـدين له مصلحة فى أن يتم الوفاء ، فليس من شك فى أن امتناعا مثل هـذا من شأنه أن يلحـق الضرر به · فلو كان المـدين ملتزما بتسليم شىء تفرع عن ذلك التزامه بالمحافظة عليه · وامتناع الدائن عن استلام الشىء يعنى ـ ابتـداء ـ استمرار الالتزام بالمحافظة على الشىء قائمـا فى جانب هـذا المـدين · وفى هـذا يتجسد الضرر ·

وامتناع الدائن عن قبـول الوفاء دون مبرر يعـد تعنتا ويتخـذ هـذا التعنت عـدة صـور نظم المشرع من الاجراءات ما هـو كفيل بالتغلب عليها · ونبحث هـذه الاجراءات وتلك الصـور ··

٢٩٨ ـ أولا : صـور تعنت الدائن :

تضمنت الفقرة الأولى من المـادة ٤٠١ من القانون المدنى الكويتى فى صدرها صورا ثلاثا لتعنت الدائن بامتناعه عن قبول الوفاء (م· ٣٣٤ مدنى مصرى) فاما ان يرفض بغير مبرر مقبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا واما أن يرفض القيام بأعمال لا يتم الوفاء بدونها واما أن يعلن رفضـه للوفاء ·

وتتحقق الصـورة الأولى :

لو عرض المـدين على الدائن عرضا فعليا ـ ولو بدون اعلان رسمى ـ الدين بتمامه عند حلول الاجـل وفى المكان المحـدد للوفاء به ورفض الدائن · ويكفى لتحقيق هـذه الصـورة أيضا مجرد ابداء المـدين استعداده للوفـاء بالدين على الوجـه المتقـدم فيرفض الدائن ·

وتتحقق الصـورة الثانية :

فى حالة ما اذا استلزم الوفاء تدخـل الدائن بعمل من جانبه كما لو كان الدين واجب الوفاء فى موطن المـدين وأبى أن يسعى اليـه ·

وتتحقق الصــورة الثالثة :

اذا بادر الدائن ـ وقبــل ان يعرض المــدين الوفاء ـ وأعلن انه لن يقبل الوفاء اذا عرض عليــه ٠

٢٩٩ ـ ثانيا : اجراءات اجبار الدائن على قبــول الوفاء :

نظم القانون اجراءات للتغلب على تعنت الدائن بامتناعه دون مبرر عن قبــول الوفاء ٠وتتلخص هــذه الاجراءات اجمالا فى الاعــذار والعرض الحقيقى ثم الايداع ، وفى النهاية قبول الايداع او استصدار حكم بصحته ٠ وكما ذكرنا فان المشرع قــد استهدف بهــذه الاجراءات التغلب على عنت الدائن برفضــه قبول الوفاء وصولا الى اتمام الوفاء بارادة الموفى وحده ٠ ونفصل ما أجملنا من هــذه الاجراءات ٠

٣٠٠ ـ ١ ـ اعــذار المــدين للدائن :

اذا رفض الدائن قبــول الوفاء دون مبرر كان متعنتا على ما ذكرنا ٠ وأيا كانت صــورة هــذا التعنت يكون للمدين ان يعــذره مسجلا عليه هــذا الرفض ٠ والاعــذار على هــذا النحو اجراء يسلكه المدين اذا شاء وصــولا الى وضع الدائن موضع التقصير ٠ ويكون الاعذار باعلان رسمى يسجل عليه فيــه احــدى صــور التعنت التى ذكرناها من قبــل ٠ ونصت على الاعــذار الفقرة الأولى من المــادة ٤٠١ من القانون المــدنى الكويتى (م٠ ٣٣٤ مدنى مصرى) ٠ واذا تم الاعــذار ، حــددت المــادة ٢/٤٠١ مدنى كويتى عــدة آثار تترتب عليه هى كما يلى :

(أ) انتقال تبعة الهــلاك او التلف الى عاتق الدائن ٠ فلو كانت تبعة الهــلاك على المــدين أصــلا كما هــو الأمر فى العقــود الملزمة للجانبين ، واعــذر المــدين الدائن بعد رفضه تسلم الشىء ، ثم هلك الشىء بعد ذلك بقــوة قاهرة ، انتقلت تبعة هــذا الهــلاك الى الدائن بموجب النص المذكور وكأثر لهــذا الاعــذار ٠

(ب) يكون للمــدين ، وكأثر للاعــذار ، ان يطالب الدائن بتعــويض اذا كان له مقتضى ٠ كما لو ادى امتنــاع الدائن عن الوفاء الى الاضرار بالمدين ٠ والغالب وجــود الضرر ، سيما اذا ادركنا ـ على ما ذكرت من قبــل ـ ان للمــدين مصلحة فى تمــام الوفاء ٠

(جـ) يكون للمدين أيضا الحق فى ايداع الشئ على نفقة الدائن ، كما سنرى عن الايداع باعتباره اجراء للتغلب على عنت الدائن .

واذا أمعنا النظر ، وجدنا النص الكويتى السابق وان كان يتفق ابتداء - بشأن آثار الاعذار - مع النص المقابل من القانون المدنى المصرى وهو نص المادة ٣٣٥ فان الاتفاق ينحصر فى أثرين دون ثالثهما . وما يختلف فيه النص المصرى يتمثل فى وقف سريان الفوائد كأثر للاعذار وذلك يفترض أن الدين واحد على ما ذكرنا ، فانه يخرج عن هذا النطاق بطبيعة الحال فى المادة ٣٢٤ وقد حذفت عبارة « وقف سريان الفوائد جريا على أحكام الشريعة الاسلامية بتحريم الفوائد الربوية » .

٣٠١ - ٢ - العرض الحقيقى :

للمدين أن يعرض الدين عرضا حقيقيا على دائنه - نصت على ذلك المادة ٤٠٢ مدنى كويتى (٣٣٩ مدنى مصرى)(١) بقولها : « يقوم مقام الوفاء ، عرض الدين عرضا حقيقا ، اذا تلاه ايداع أو اجزاء بديل عنه وفقا لاحكام قانون المرافعات ، ثم قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته » . ويكون العرض الحقيقى وفقا لأحكام قانون المرافعات وتبعا لطبيعة المعروض . اذ يقوم المدين بتسليم الشئ المستحق الى مندوب الاعلان (المحضر) . الذى يقوم بتسليمه للدائن . فاذا كان تسليمه ميسورا فى موطن الدائن تعين أن يحمله اليه مندوب الاعلان والا كلفه بتسلمه حيث يوجد (م. ٢٩٩ من قانون المرافعات الكويتى) . واذا ما قبل الدائن العرض على ذلك الوجه فيكون الوفاء قد تم اليه منذ اللحظة التى يقترن فيها القبول بالعرض .

ومع ذلك ، فانه قد يحول بين المدين وبين امكان التعرف على الدائن الواجب الوفاء اليه حائل ، فيتعذر اتخاذ اجراءات عرض الدين عرضا حقيقا ، وكان لزاما لذلك فتح الباب امام المدين للخلوص من عبء الدين بايداعه مباشرة ايداعا غير مسبق بالعرض الحقيقى فى الأحوال التى يتحقق فيها قيام ذلك الحائل ، وقد حصرتها المادة ٤٠٣ مدنى كويتى (م. ٣٣٨ مدنى مصرى) فيما يلى :

أولا : اذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه .

ثانيا : اذا كانت أهلية الدائن مقيد أو معدومة وليس له نائب يقوم عنه فى استيفاء الدين .

---

(١) راجع العرض الحقيقى فى القانون المصرى : السنهورى ، المرجع السابق ، رقم ٤٣٣ ، ص ٧٣٧ - ٧٣٨ .

(٢) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، ص ١٩٨ .

ثالثا : اذا كان الدين محل نزاع بين عدة اشخاص ولم يتيسر للمدين التثبت من صاحب الحق فيهم ٠

رابعا : اذا كانت هناك اسباب جدية أخرى تبرر عدم اجراء العرض الحقيقى كما اذا كان المدين يطالب بالتزام مقابل لم يتيسر له استيفاؤه قبل تنفيذ التزامه[2] ٠ كما لو كان المشترى راغبا فى الوفاء بالثمن الى البائع ولكن البائع يمتنع عن الوفاء المقابل بالتصديق على توقيعه فى عقد البيع تمهيدا لتسجيل العقد ونقل الملكية ، فلا يكون أمام المشترى مفر من ايداع الثمن مباشرة على ذمة البائع مشروطا بعدم صرفه اليه بعد توقيعه على العقد[3] ٠

٣٠٢ ـ ٣ ـ الايداع والحراسة :

اذا لم يقبل الدائن العرض ، تعين اتخاذ اجراءات الايداع فى قانون المرافعات وتتم بايداع الشىء خزانة ادارة التنفيذ (خزانة المحكمة فى القانون المصرى) اذا كان المعروض نقودا او غيره مما يقبل الايداع بالخزانة ٠ أما اذا كان الشىء المعروض غير ذلك تعين استصدار أمر من القاضى بالايداع فى مكان امين ٠ اما اذا كان المعروض شيئا يستحيل على الايداع فان الاجراء البديل هو استصدار أمر القضاء بوضعه تحت الحراسة ٠ واذا كان الشىء المعروض من الاشياء التى يسرع اليها التلف فيباع باذن القضاء ويودع الثمن المتحصل من البيع[4] ٠ (المادتان ٣٠٠ ، ٣٠١ من قانون المرافعات الكويتى) ٠

٣٠٣ ـ ٤ ـ قبول الدائن العرض او صدور حكم بصحته :

قديعود الدائن بعد اتمام الايداع ويقبل العرض ، كما انه قد يظل على موقفه من رفض العرض والامتناع عن تسليم المعروض فى الحالة الاولى يعد

---

(٣) المذكرة الايضاحية ، المرجع السابق ٠

(٤) راجع المذكرة الايضاحية للقانون الكويتى ، الموقع السابق ٠

وفى القانون المدنى المصرى ، راجع هذه الاحكام :

السنهورى ، الوسيط ، جـ ٣ ، رقم ٤٣٤ ، ص ٧٣٩ ـ ٧٤٢ ٠

عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، رقم ٣١٢ ، ص ٣٦١ ـ ٣٦٢

راجع ايضا حكم المادة ٣٣٦ ، ٣٣٧

من القانون المدنى المصرى ٠

العرض وفاء مبرئا للذمة ٠ وفى الحالة الثانية يكون للمدين أن يطلب من المحكمة الحكم بصحة العرض والايداع ٠ ونص المـادة ٤٠٢ مدنى كويتى (م ٠ ٣٣٩ مدنى مصرى) واضح فى اعتبار قبول الدائن العرض أو الحكم بصحة العرض والايداع بمثابة وفاء ٠ والوفاء يكون من التاريخ الذى تم فيه العرض الحقيقى على الدائن فابتدره بالرفض ولم يشأ أن يقبله فى حينه (٦) ٠

ويلاحظ ان المـادة ٤٠٤/ ١ من القانون المدنى الكويتى (م ٣٤٠٠/١ مدنى مصرى)قد أجازت للمدين أن يرجع فى عرضه ما دام لم يقبله الدائن وما دام لم يصـدر حكم نهائى بصحته ٠ فاذا رجع بقى الدين وملحقاته فى ذمته كما لا تنفك عنه ضماناته ٠ ويكون الرجوع وفقا لاحكام قانون المرافعات ٠ أما اذا كان الدائن قد قبل العرض أو كان قد صدر حكم نهائى بصحته ، فانه لا يجوز للمدين أن يرجع فى العرض الا بموافقة الدائن (م ٠ ٤٠٤ / ٢ مدنى كويتى ـ م ٣٤٠/٢ مدنى مصرى) ٠

---

(٥) راجع ، عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، رقم ٣١٣ ، ص ٣٦٢ ـ ٣٦٣

(٦) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، الموقع السابق ٠

المبحث الرابع

ظروف الوفــاء

٣٠٤ ـ تقســيم :

نبحث فى ظروف الوفاء : زمانه ومكانه ونفقاته وكيفية اثباته ٠

٣٠٥ ـ اولا ـ زمان الوفاء :

نصت المـادة ١/٤١٠ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ١/٣٤٦ مدنى مصرى) على انه « يجب أن يتم الوفاء فـورا بمجرد ترتب الالتزام فى ذمة المدين ما لم يوجـد اتفـاق أو نص يقضى بخـلافه » ٠ والمعنى الواضح للنص ، أن القاعـدة هى وجـوب الوفاء بالالتزام فـورا اى بمجرد نشوئه وترتبه نهائيا فى ذمة المدين[1] ٠ وهـذه القاعـدة تفترض انه لم يتحـدد اى أجـل للوفاء بالالتزام ، فاذا تحـدد الأجـل بالاتفـاق أو نص القانون تعين أن يتم الوفاء فيـه ٠ واستثناء من ذلك نصت المـادة ٢/٤١٠ مدنى كويتى على أنه : « يجوز للقاضى ، اذا لم يمنعه نص فى القانون أن ينظر المدين الى أجـل مناسب أو يقسط عليه الدين اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن ضرر جسيم »[2] ٠

وواضح أن النص يتكلم عما نسميه نظرة الميسره[3]

وفى ضـوئه يمكننا أن نستخلص عـدة شروط ينبغى توافرها لمنح المدين نظرة الميسره تلك :

---

(١) راجع حكم المـادة ١٢٤٤ مدنى فرنسى ٠

MAZEAUD : op. cit., n. 906, p. 494.

MARTY et RAYNAUD : n. 735, p. 751 et S.

(٢) ويلاحظ ان الفقرة الثانية من المـادة ٣٤٦ مدنى مصرى تطابق الفقرة الثانية من المـادة ٤١٠ مدنى كويتى ما عـدا عبارة « او يقسط عليه الدين » التى جاء النص المصرى خلوا منها ٠

(٣) راجع حكم المـادة ١٢٤٤ مدنى فرنسى ٠

١ ــ الا يكون منح المهلة فى حالات حظر فيها المشرع منح هــذه المهلة للمدين كما هــو الحال بالنسبة للوفاء بالكمبيالة[٤] ٠

٢ ــ أن تكون حالة المدين تستأهل ايثاره بالمهلة ٠ وللقاضى تقــدير ذلك فى ضــوء ما يحيط بهــذا المدين من ملابسات وعلى الأخص حال كونه حسن النية او غير ذلك ٠ وعلى ذلك لا يجــوز منح المهلة للمدين اذا كان سيىء النية وتعمــد عــدم الوفاء[٥] كذلك لا يجــوز منح المهله اذا كان المدين قــد قصر فى الوفاء قصــورا بينا او كان معسرا لا يرجى منه الاقتدار على الوفاء[٦] ٠

٣ ــ ألا يكون من شــأن منح المهــلة للمدين الحاق ضرر شــديد بالدائن ٠ فاذا كان فى منح هــذه المهلة ما يؤدى الى الضرر الجسيم بالدائن ، كما لو اعتمد على استيفاء الدين للوفاء بدين عليه ، لمــا كان ذلك جائزا ٠

٤ ــ أن تكون المهلة الممنوحة معقولة ٠ وتقــاس بقــدر ما هــو ضرورى ليتمكن المدين من الوفاء[٧] ٠

اذا توافرت الشروط السابقة ، جاز للقاضى أن يمنح المدين مهلة للوفاء بالتزامه ٠ ويترتب على منح هــذه المهلة عــدم جــواز قيام الدائن باتخــاذ اجراءات التنفيذ لاجبار المدين على الوفاء ٠ فاذا كان قــد بدأ فيها قبــل منح المهلة يبقى قائمــا ما تم منها حتى أوقفت بمنح المهلة وكان ما وقــع منها بعــد ذلك باطــــلا ٠

---

(٤) من الموانع القانونية للمهلة القضائية راجع ايضا ما نصت عليه المــادة ٢١٠ مدنى كويتى (١٥٨ مدنى مصرى) ــ وما نصت عليه المــادة ٥٠٥ مدنى كويتى (م٠ ٤٦١ مدنى مصرى) وقــد اجاز النص الأول لطرفى العقــد الاتفــاق على اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجــة الى حكم عند عــدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ٠ وفى هــذه الحالة لا يجــوز للقاضى أن يمنح المدين اجلا للوفاء ٠ وفى النص الثانى وبالنسبة لبيع المنقولات أو العروض فانه يكون مفسوخا دون حاجة الى الاعــذار اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن ولم يدفع ٠ وحال عــدم الدفع لا يجوز للقــاضى ان يمنح المدين أجــلا للوفاء ٠

(٥) فى هــذا المعنى ، السنهورى ، المرجــع السابق ، رقم ٤٣٦ ص ٧٨١ ــ محمد لبيب شنب ، المرجــع السابق ، رقم ١٨٤ ، ص ١٦٧ ٠

(٦) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، ص ١٩٩ ٠

(٧) السنهورى ، المرجع السابق ، رقم ٤٦٢ ، ص ٧٨٣ وقــد حــددت المــادة ٢/١٢٤٤ مدنى فرنسى المهلة بسنة واحــدة لا تزيد ٠٠ راجــع فى بيــان ذلك :

MAZEAUD : op. cit., n. 909, p. 895.

ويلاحظ أن وقف اجراءات التنفيذ بمنح المهلة لا يمنع من اتخاذ الاجراءات التحفظيـــة ·

وتجـدر الاشارة أخيرا الا أن أثر منح المهـلة هـو أثر نسبى ، لا يتعـدى المدين الممنوح من جهـة والدائن الذى حكم فى مواجهته بها من جهة أخرى · فلا يستفيد منها أى مدين آخر ولو كان متضامنا وان كان يستفيد منها الكفيل · كذلك لا تسرى فى مواجهة دائن آخر ولو كان متضامنا مـع الدائن الذى حكم بالمهلة فى مواجهته[٨] ·

وتنقضى المهلة أو نظرة الميسرة بمـا ينقضى به الاجـل · اذ تنقضى بالحلول أى بفـوت مدة المهلة وتنقضى أيضا بشهر اعسار المدين أو افلاسه وباضـعاف التأمينات التى قـدمها للدائن[٩] ·

٣٠٦ ـ ثانيا ـ مكان الوفاء :

نصت المـادة ٤١٢ مدنى كويتى (م ٠ ٣٤٧ مدنى مصرى) على ما يأتى :

« ١ ـ يكون الوفاء فى موطن المدين كما يجـوز أن يكون فى مكان عمله اذا كان الالتزام متعلقـا بهـذا العمل ·

٢ ـ ومـع ذلك يكون الوفاء بتسليم شىء معين بالذات فى المكان الذى كان فيـه وقت نشوء الالتزام ·

٣ ـ وكل ما سبق ما لم يقض الاتفاق او القانون أو طبيعـة الالتزام بغـــيره » ·

وكما يبين من النص ، فانه يتعين التفرقة بين فرضين بخصوص تعيين مكان الوفاء بالالتزام ·

الفرض الأول :

وفيه يكون محل الالتزام شيئا معينا بالذات · حيث يجب الوفاء به فى المكان الذى كان هـذا الشىء موجـودا فيه وقت نشوء الالتزام · والأصل فى

---

(٨) راجع ، السنهورى ، المرجع السابق ، رقم ٤٦٤ ، ص ٧٨٦ ·

(٩) راجع ، محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ١٨٤ مكرر ، ص ١٦٩ ·

حبذا ان يكون الشيء له مكان ثابت • وهـذا احتمال • اما اذا كان الشيء دائم التنقل وهـذا احتمال ثان فى هـذ الفرض (كسيارة) فان الوفاء يكون فى موطن المدين لأنه الاقرب احتمالا الى ارادة المتعاقـدين(١٠) •

الفرض الثانى :

وفيـه لا يكون محل الالتزام معينا بالذات • كمـا لـو كان تسليم شيء غـير معين بالذات أى شيء مثلى أو كان عمـلا أو امتناعا عن عمـل • حيث يكون الوفاء فى المكان الذى به موطن المدين وقت وجـوب الوفاء • ويعبر عن ذلك بأن الدين مطلوب لا محمـول • أى على معنى أن يذهب الدائن الى المدين ليطلب دينه منه وليس على المدين أن يحمـل الدين الى الدائن(١١) •

وننبه الى ان تحـديد مكان الوفاء فى الفرضين السابقين على اسـاس النص السابق انمـا يفترض أن هـذا المكان لم يتحـدد بالاتفـاق •

٣٠٧ ـ ثالثا ـ نفقـات الوفاء :

نصت المـادة ٤١٣ من القانون المدنى الكويتى على أن نفقات للوفاء تكون على المدين الا اذا وجـد اتفـاق او نص فى القانون أو عرف يقضى بغير ذلك • (راجـع المـادة ٣٤٨ مدنى مصرى) •

والنص واضح فى ان الأصـل هـو أن يتحمل المدين نفقـات الوفـاء بالالتزام • والنفقات المقصودة فى هـذا المقام هى تلك التى تصرف فى سـبيل الوفاء بالدين مثل ثمن الشيك واجرة الوزن او الكيل ونفقـات ارسـال الدين الى الدائن(١٢) • وذلك ما لم يوجـد اتفاق أو نص أو عرف يقضى بغير ذلك •

٣٠٨ ـ اربعا ـ اثبـات الوفاء :

يقـع عبء اثبـات الوفاء على المدين • ولـما كان الوفاء يعـد تصرفا قانونيـا ، فانه يخضع فى اثبـاته للقواعـد المقررة فى اثبـات هـذه التصرفات • ومفـاد ذلك بطبيعة الحـال أنه يتعين اثبـات الوفا. بالكتابة اذا كانت قيمة

(١٠) راجع ، عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، رقم ٣٢٢ ، ص ٣٧٢ •

(١١) راجع ، محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ١٨٥ ، ص ١٧٠ •

(١٢) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، ص ٧٠٠ •

الالتزام تزيد على خمسمائة دينار كما نصت المـادة ٣٩ من قانون الاثبات الجـديد فى الكويت[١٣] • ويقـدر الالتزام ـ تبعـا لهـذا النص ـ باعتباره قيمته وقت صـدور التصرف بغير ضم الملحقات الى الأصـل •

ويلاحظ ، أن اثبات الوفاء بالكتابة يكون واجبا فى الاطار المتقـدم ولو كان هـذا الوفاء جزئيا • وعلى ذلك ، لو قام المدين بالوفاء بجزء من الدين وجب عليه اثبـاته بالكتابة ولو كانت قيمة هـذا الجزء اقـل من خمسمائة دينار ما دام اصـل الدين يجاوزها فى قيمته ونصت على ذلك ايضا المـادة ٣٩ سابقة الذكر فى عجزها اذ قالت : « وتكون العبرة فى اثبـات الوفاء الجزئى بقيمة الالتزام الأصلى » وهـو الحـكم الذى نصت عليه المـادة ٦٠ من قانون الاثبـات فى مصر[١٤] وقـد تغيـا المشرع بهـذا الحكم قطـع الطريق أمام المدين فى التحايل على قواعـد الاثبـات وتمسكه بوفاء الدين مجزأ الى اجزاء تدخـل فى نصـاب الشهاده • ومن ناحية أخرى فقـد استهدف المشرع بهـذا الحكم حماية المدين من محاولات الدائن استيفاء الدين على أجزاء فى حـدود نصاب الشهادة لـكى يصل من ذلك الى قطـع مرور الزمان •

وعلى حـد ما جاء بالنص السابق ايضا ، فان وحـدة المصـدر القانونى للتصرف هى الأساس فى تقـدير قيمته بغض النظر عن تعـدد الطلبات فى الدعوى تبعـا لتعـدد مصادرها حتى وان كانت هـذه التصرفات من طبيعـة واحـدة وانعقـدت التصرفات بين نفس الخصـوم ، فاذا نشـأت بين الطرفين ديون متعـددة من مصادر متعـددة تعين أن يستقل كل دين منها بدليل اثبـاته تبعـا لقيمته • فاذا كانت القيمة خمسمائة دينار فأقـل جاز الاثبـات بشـهادة الشهودة والا وجب الاثبـات بالكتابة أو ما يقـوم مقامها[١٥] •

---

(١٣) وقـد صـدر قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية فى الكويت بالمرسـوم بقـانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠ فى ١٩٨٠/٦/٤ ونشر بالعـدد رقم ١٣٠٧ من الجريدة الرسمية الكويت اليوم الصادر بتاريخ ١٩٨٠/٦/٢٥ • وبدأ العمل به من أول نوفمبر سنة ١٩٨٠ •

(١٤) راجع للمؤلف : الاثبات : مذكرات على الآلة الناسخة ، كلية الحقوق جامعـــــة عين شمس ، ١٩٧٦ ـ ١٩٧٧ •

راجع ايضا المـادة ٤٢ من مشروع قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية على اسـاس الفقـه الاسـلامى فى مصر •

(١٥) راجع المذكرة الايضاحية لقانون الاثبات الكويتى • [illegible]

وبالنظر الي انه يقع كثيرا فى العمل وبخاصة فى حالة الوفاء بجزء من الدين ، ان يؤشر الدائن على السند بكل دفعه أو قسط يستأده من المدين ، ويستبقى التوقيع حتى سداد الدين باكمله ، كما يحدث ان المدين اذا كان بيده نسخه من السند أو مخالصة بقسط سابق من الدين دون أن يتطلب توقيع للدائن انتظارا الى حين الوفاء بباقى الدين ، ولذلك وتحقيقا للغاية المقصودة عادة من التعامل على ذلك الوجه فقد ضمن المشرع الكويتى المادة ٢١ من قانون الاثبات حكما يقضى بأن تاشيرة الدائن ببراءة المدين فى مثل تلك الأحوال ولو لم يكن مذيلا بتوقيعه يعتبر قرينة بسيطة على الوفاء متى توافرت ظروف معينة تحمل علي الاعتقاد بصحة الوفاء المؤشر به ٠

وتقوم القرينة فى حالتين ٠ فى الأولى يوقع الدائن بالوفاء على سنده الأصلي وبغير ان يوقع علي ذلك التاشير ٠ وفى الثانية يؤشر الدائن بالوفاء علي نسخة أصلية أخرى للسند أو على مخالصة والنسخة أو المخالصة بيد المدين[١٦] ٠

(١٦) راجع المذكرة الايضاحية لقانون الاثبات الكويتي ٠

المبحث الخامس

آثار الوفـاء

٣٠٩ - تمهيـد وتقسـيم :

رأينا أن الوفاء بالالتزام ولئن كان أثرا من آثاره الا أنه يعد - وبنفس القدر - سـببا لانقضائه • ولذا ، كان حرص المشرع المدنى على تناوله وهـو يتكلم عن انقضاء الالتزام وهـذا بدهى • اذ الأثر الطبيعى للوفاء بالالتزام هـو انقضاؤه • وهـذا الأثر اذا يتحقق ومن ثم تبرأ ذمة المدين تجاه الدائن ، فانه يكون سواء كان الموفى هو المدين أوشخص آخر غيره •• ويلاحظ أن الوفاء فى الحالة الأخيرة يحتاج الى وقفـة • فاذا كان الموفى غير المدين متبرعا لنتهى الأمر عند براءة ذمة المدين تجاه الدائن والأصـل أيضا براءة ذمته تجـاه الغير الموفى لأنه متبرع • أما اذا لم يكن هذا لغير متبرعا فليس من شك فى حقه فى الرجوع على المدين بمـا قـدم للدائن • وقـد يستند فى رجـوعه أما على دعـوى شخصية هى دعـوى الفضالة لان عملية الوفاء من غير المدين هى فى ذاتها من أعمـال الفضالة(١) وأما أن يستند فى رجـوعه على دعـوى الاثراء • ومـع هـذا الرجوع فان هـذا الغير الموفى قـد يجابه خطر ضياع التأمينات التى كانت تضمن الوفاء بحـق الدائن تجـاه المدين • وتفسير ذلك أن التزام المدين بأن يؤدى للغير ما وفاه للدائن انمـا يمكن أن ينظر اليه على أنه دين جـديد للموفى مستقل عن ذلك الذى تم الوفاء به للدائن • وعليه ، فانه اذا كان الالتزام الموفى به مضمونا بتأمينات شخصية كانت أو عينية فانها تنقضى مـع انقضاء الالتزام بالوفاء به رسـتم لا يستفيد منها الغير الذى أوفى عن المدين لضمان الدين الجـديد(٢) • وقـد تصدى

---

(١) راجع محمد لبيب شنب ، المراجع السابق ، رقم ١٩٤ صفحة ١٧٧ •

(٢) راجع فى هـذا التحليل محمد لبيب شنب ، المرجع السابق •

راجـع أيضـا :

MAZEAUD : op. cit., r. 843, p. 843.

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 607, p. 642.

المشرع المدنى لهـذا الخطر بتنظيم ما يسمى « الوفاء مـع الحلول » ومؤداه انه اذا كان الموفى غير المدين ، فان وفاء مثل هـذا وان كان يبرىء ذمة المدين تجـاه الدائن ، فانه يبقى على هـذه الذمة مشغولة بالدين تجـاه الغير الموفى ، الذى يحـل محـل الدائن اما بالاتفـاق أو بنص القانون ، ليكون الحلول على هـذا النحـو اتفاقيـا أو قانونيا • وهـو حلول شخصى(٣) ونبحث الحلول الاتفاقى ثم الحلول القانونى وآثارهما • كل ذلك فى مطالب ثلاثة على التوالى •

---

(٣) راجع فى صور الحلول الشخصى :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 608.

المطلب الأول

الحــلول الاتفــاقى

LA SUBROGATION CONVENTIONNELLE

٣١٠ - تعــريف :

الحلول الاتفاقى عبارة عن حلول الغير الموفى محل الدائن وذلك بموجب اتفــاق معه أو مــع المدين وبمقتضى هــذا الحلول يكون لهــذا الغير الموفى أن يطالب المدين بمــا كان فى ذمته للدائن(١) ٠

وللحلول الاتفاقى على هــذا النحــو صورتان اذ يتم فى الأولى باتفاق الغير الموفى مــع الدائن بينما يتم فى الثانية باتفــاق هــذا الغير مــع المدين ٠

٣١١ - الحلول باتفــاق الغير الموفى مــع الدائن :

تنــاول المشرع المدنى الكويتى هــذه الصــورة بالنص عليهــا فى المــادة ١/٣٦٥ اذ قال : « للدائن الذى استوفى حقــه من غير المدين أن يتفق مــع هــذا الغير على أن يحــل محله حتى لو لم يقبــل المدين ذلك ، على أن يكون الاتفاق واردا فى محرر ثابت التاريخ لم يتأخر عن وقت الوفاء » وهى الصورة التى نص عليها المشرع المدنى المصرى فى المــادة ٣٢٧ ٠

وكما يتضــح من النص ، فانه يتعين توافر الشروط الآتية فى هــذه الصورة للحلول الاتفــاقى :

١ - يجب أن يتم الاتفــاق على الحلول بين طرفيه وقت الوفاء ٠ ونقصد بذلك أولا أن نبرز طرفى الحلول الاتفاقى فى هــذه الصورة وهما الغير الموفى والدائن ٠ اذ المدين ليس طرفا فيــه ٠ ليس هــذا فحسب بل أن رضاءه ليس بشرط واعتراضه على الحلول لا تأثير له ٠ وثانيا : الا يتأخر الاتفاق على الحلول بين طرفيه عن وقت الوفاء ٠ ومفهومنا لذلك هــو الاتفاق على الحلول يمكن

PONSARD (A) BLONDEL (P.) " subrogation" repertione de droit civil, 1979, T. VII.

أن يكون سابقا للوفاء أو معاصرا له • فالمشرع منع بالنص لتفاقا على الحلول يكون لاحقا للوفاء • وعلة هذا المنع كما ذهب البعض ، أن الالتزام ينقضى بالوفاء ، ولا يعقل أن يتفق بعد ذلك على لحلال الغير الموفى محل الدائن فيـــــه(٤) •

٢ ـ أن يكون الاتفاق على الحلول فى محرر ثابت التاريخ والغالب أن يرد الاتفاق على الحلول فى المخالصة التى تثبت الوفاء ليكون الحلول فى معية للوفاء بالمخالصة تلك(٥) •

ونود أن نشير ـ فى عجالة ـ الى وجوب عدم الخلط بين الوفاء مع الحلول فى هذه الصورة من ناحية وحوالة الحق من ناحية أخرى • ونوجز الفروق بينهما فيما يلى :

أولا : على الرغم من أن هناك تشابها بين الوفاء مع الحلول فى هذه الصورة وحوالة الحق ، فان الاختلاف بين بينهما • فالوفاء مع الحلول فى الصورة التى نحن بصددها يتم باتفاق الدائن المستوفى والغير الموفى كما هو الأمر فى حوالة الحق ، وتنعقد ـ على ما مربنا ـ باتفاق المحيل (الدائن) والمحال له • فلابد من رضاء الدائن فيهما بينما رضاء المدين غير ضرورى • ومع ذلك ـ وهو موقع للاختلاف بينهما ـ فان حوالة الحق لا تكون نافذه فى حق المدين أو الغير الا بعلمه والعلم يكون بالقبول أو الاعلان كما رأينا من قبل بخلاف الوفاء مع الحلول وهو نافذ فى حق المدين وفى حق الغير دون أى اجراء(٦) •

ثانيا : يختلف الوفاء مع الحلول أيضا عن حوالة الحق فى رجوع الموفى والمحال له بحقهما • فالموفى له فى رجوعه على المدين دعويان : دعوى الحق الذى انتقل اليه وبمقتضاها يطلب بحق الدائن ، ودعوى شخصية ناشئه عن واقعة الوفاء وتجد مصدرها فى الوكالة او الفضالة أو الاثراء

---

(٤) راجع محمد لبيب شنب ، المرجع السابق رقم ١٩٦ ، صفحة ١٧٩ •

(٥) راجع : MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 612 p. 644.

(٦) السنهورى ، الوسيط ، جـ ٣ ، رقم ٤٠٧ ، صفحة ٧٠٦ •

راجع أيضا :

Le plus Souvent La quittonce subrogative est etablie au moment du paiment et elle constate La simultanéite du paiement et de la subrogation.

بلا سبب فللموفى دعويان دعوى الحلول والدعوى الشخصية . أما المحال له فليس له فى رجوعه سوى دعوى واحدة هى دعوى الحق الذى انتقل اليه ولا يمكنه الرجوع على المدين بغيرها(٧) .

ثالثا : تفترض حوالة الحق غالبا أن شخصا يتقدم لشراء الحق أقل من قيمته ويرجع ذلك لعدة أسباب منها : أن يكون الحق مضافا الى أجل ولم يحل او أن هناك عقبات أمام استيفاء هذا الحق ويتقدم الشخص (المحال له) لشراء الحق بأقل من قيمته ويرجع على المدين بالقيمة كاملة . وواضح أن الهدف من الحوالة على هذا النحو يتمثل فى المضاربة والاستثمار بخلاف الوفاء مع الحلول . اذ الغير الموفى يقوم بالوفاء غالبا بقصد أداء خدمة للمدين اذ يفى بالدين ولا يرجع على المدين الا عند الميسرة مثلا » .

رابعا : يجد الوفاء مع الحلول مصدره ـ بصفة عامة ـ اما فى اتفاق أو نص قانونى اذ الحلول على ما ذكرنا حلول اتفاقى او قانونى . بخلاف حوالة الحق فليس لها من مصدر الا الاتفاق(٨) .

وخلاصة لما تقدم ، يمكننا القول بأن حوالة الحق تختلف عن الوفاء مع الحلول ، الذى يتم باتفاق الدائن والغير الموفى ، من حيث النفاذ والآثار والغرض والمصدر .

٣١٢ ـ الحلول باتفاق الغير مع المدين :

نص المشرع المدنى فى الكويت على هذه الصورة فى الفقرة الثانية من المادة ٣٩٥ من القانون المدنى هناك اذ قال « وللمدين أيضا اذا اقترض مالا سدد به الدين ان يحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه ولو بغير رضاء هذا الدائن ، على ان يكون الاتفاق على الحلول واردا فى محرر ثابت التاريخ ، وان يذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء وان يبين فى المخالصة أن الوفاء كان من المال المقترض من الدائن الجديد ولا يجوز للدائن الأصلى أن يرفض ادراج هذا البيان » . وهى الصورة التى تناولها المشرع المصرى فى المادة ٣٢٨ من التقنين المدنى . والمعنى الواضح للنص أن الحلول يقع فى هذه الصورة باتفاق الغير الموفى مع المدين على أن يقرضه مالا يوفى به الأخير (وهو المقترض) دين الدائن ، على أن يحل محله فى حقوقه .

ويمكننا أن نستخلص عدة شروط للحلول الاتفاقى فى هذه الصورة كما يتضح من النص :

---

(٧) راجع : عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، رقم ٣٢٨ صفحة ٣٩٠ .

(٨) راجع MARTY et RAYNAUD : op. cit..

١ ــ ان يكون الاتفــاق على الحلول واردا فى محرر ثابت التاريخ كما هو الحال فى الصورة الأولى للحلول الاتفاقى وهــو شرط لم يعرض له النص المصرى المقــابل من القانون المدنى المصرى (م ٣٢٨) ٠

٢ ــ أن يذكر فى عقــد القرض أن المــال الذى اقترضه المدين قــد خصص للوفاء بحــق الدائن الذى يريد المقرض الحلول محله فى حقــوقه ٠ وهــو شرط تنــاوله صراحة المشرع المدنى المصرى فى النص المذكور ٠

٣ ــ يجب ان يذكر فى المخالصــة الصادرة من الدائن الأصلى أن الوفاء كان من المــال المقترض من الدائن الجــديد ٠ وهــذا الشرط ولئن ورد أيضــا فى المــادة ٣٢٨ من القــانون المدنى المصرى الا ان النص الكويتى قــد تضمن حكمــا جاء هــذا النص المصرى خاليا منه ٠ اذ منع المشرع المدنى الكويتى فى المــادة ٢/٣٩٥ على الدائن الأصلى أن يرفض ذكر البيان السابق ــ مضمون هــذا الشرط ــ فى المخالصــة الصادرة منه ٠ وقــد نقــل هــذا الحكم عن المــادة ٣/٢١٠٢ من القانون المدنى الايطالى وذلك لازالة كل لبس فى أن الدائن الأصلى يعتبر ممتنعا عن قبــول الوفاء اذا رفض اثبــات تلك الواقعــة بالمخالصــة ممــا يميز اجباره على قبــول الوفاء بطريق العرض الحقيقى والايداع(٩) ٠

٣١٣ ــ التفرقة بين صــورتى الحلول الاتفــاقى :

فى التعليق على نص المــادة ١٢٥٠ من القانون المدنى الفرنسى عرض الاسـاتذة مازو لمعيار التفرقة بين صــورتى الحلول الاتفاقى : الحلول باتفــاق الغير الموفى مــع الدائن وتضمنتها الفقرة الأولى من هــذا النص والحلول باتفاق الغير مع المدين وهــو موضوع الفقرة الثانية من النص المشار اليه ٠ ففى الصورة الأولى يقــوم الغير بالوفاء مباشرة للدائن أما الثانية فيسلم فيها الغير المــال المقترض للمــدين الذى يقــوم بدفعــه للدائن ٠ وفى ضوء هــذا التحليل عرض لمعيــار(١٠) التفرقة بين الصــورتين كما جاء فى حكم دائرة العرائض بتــاريخ ١٩٣٦/٣/٣(١١) ٠

ومؤداه أن العبرة بالشخص الذى تلقى المــال من الغير ٠ فاذا كان هــو الدائن كنــا فى نطــاق الصورة الأولى ، بينما نكون فى نطــاق الثانية أو كان الشــخص هــو المــدين ٠

---

(٩) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، صفحة ١٩٦ .

(١٠) راجــع : MAZEAUD : op. cit., n. 845. p. 844.

(١١) راجع حكم دائرة العرائض بمحكمة النقض الفرنسية والتعليق عليه : MAZEAUD : op. cit., Lectures, p. 854-855.

المطلب الثانى

الحـلول القـانونى

LA SUBRUGATION LEGAL

٣١٤ ـ حالات الحلول القـانونى :

يكون الحلول القانونى فى عـدة حالات منح المشرع للموفى – فى نطاقها ـ حـق الحلول محـل الدائن وعلى ما يبـدو من هـذه الحالات – كما سنعرض لهـا ـ فان الموفى الذى يحـل محـل الدائن بقـوة القانون هـو دائما صاحب مصلحة فى الوفاء بالدين للمدين ، وبنـاء على ذلك خـوله المشرع الوفاء بالدين رغم ادارة الدائن والمدين على السواء ويتم حلوله محل الدائن ·

وقـد ذكر المشرع المدنى فى الكويت اغلب هـذه الحالات فى المـادة ٣٩٤ من القانون المدنى هناك ونذكر هـذه الحالات اجمالا على النحو التالى :

١ ـ اذا كان الموفى ملزما بالدين مـع المدين أو ملزما بوفائه عنه ·

٢ ـ اذا كان الموفى دائنا ووفى دائنا آخر مقـدما عليه بمـاله من تأمين عينى ولم يكن للموفى اى تأمين ·

٣ ـ اذا كان الموفى قـد تملك شيئا ولدى الدين الدائن خصص الشئ لضمان حقـــه ·

٤ ـ اذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حـق الحلول ·

وهى نفس الحالات التى تنـاولها المشرع المصرى فى المـادة ٣٢٦ من القـانون المدنى مـع اختلاف فى الصياغة بالنسبة للحالة الثالثة بصـفة خاصة ونفصـل ما أجملنـا ·

SAVATIER : op. cit., n. 278. p. 337-338.

MAZEAUD : op. cit , n. 854-856, p. 848-551.

الحالة الأولى – اذا كان الموفى ملزما بالدين مـع المدين او ملزما بوفائه عنه :

تتحقق هـذه الحالة الأولى للحلول القانونى عندما يكون الموف اما ملزما بالدين مـع المدين كما لو كان مدينا متضامنا وأما ملزما بوفائه عنه كما لو كان كفيلا شخصيا أو عينيا ٠ اذ قـد يكون لأى من هـؤلاء مصلحة فى درء مطالبـة الدائن له بدين المدين امام القضــاء ٠

الحالة الثانية – اذا كان الموف دائنا ووفى دائنا آخر مقـدما عليه بما له من تامين عينى :

وتفترض هـذه الحالة ان الموف دائن والمستوف دائن آخر يتقـدم عليـه وهـو اذ يتقـدم فانه يكون متقـدما بمـاله من تأمين عينى ليس للموف ٠ كما يمكن أن يتقـدم ولـو كان للموف تأمين عينى ما دام فى مرتبـة اقـل ٠ وقـد قرر المشرع الحلول للموف فى هـذه الحالة حتى يمنع الدائن المتقـدم فى المرتبة من بيع المـال المحمل بالتامين فى وقت غير مناسب لان الأسعار منخفضة مثلا ٠

فلو كان (أ) مدينا لكل من ب ، ج ، د بمبلغ نقـدى وكان حـق (ج) مضمونا بتأمين عينى مثل الرهن ٠ فان (ج) يكون مقـدما على سـائر الدائنين فى استيفاء حقـه ممـا يجيز له بيـع المـال المرهـون واستيفاء حقـه من ثمنه بالأولوية ٠ الا ان (ب) قـد يرى ان اثمـان العقارات منخفضة ويخشى ان يقـدم (ج) على بيـع المـال المرهـون فى هـذا الوقت غير المناسب مما يضربه ٠ فقـد لا يكفى الثمن المنخفض الا سـداد حـق الدائن صاحب التامين ، الأمر الذى يلجـأ معـه (ب) الى اداء حـق (ج) ويحـل محـله فيـه بمـاله من تأمين ، ويصير الموف دائنا بدين مضمون بتامين الى جانب كونه دائنا عاديا بدينـه الأصلى وهـو عادى غير مضمون ٠

الحالة الثالثة – اذا كان الموفى قـد تملك شيئا وادى الدين لدائن خصص الشيء لضمان حقـــه :

وتتحقق هـذه الحالة اذا اشترى شخص « شيئا » والشيء مخصص لضمان حـق دائن فيقوم بدفـع ثمن الشيء لهـذا الدائن حتى يتجنب التنفيذ على المـال ويتحقق الوفاء ٠ فالموف على هـذا النحو – وعلى حـد تعبير المـادة ٣٩٤ مدنى كويتى – قـد تملك شيئا وادى الدين لدائن خصص الشيء لضمان

حقه . أما النص المصرى المقابل من القانون المدنى وهو نص المادة ٣٢٦، فقد كانت صياغته لهذه الحالة للحلول القانونى كما يلى : « اذا كان الموفى قد اشترى عقارا ودفع ثمنه لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم » . وقد استخدم المشرع المصرى كلمة « عقار » بخلاف المشرع الكويتى الذى لم يخصص باستخدام كلمة « شيئا » عقارا كان هذا الشىء أو منقولا .

الحالة الرابعة – وجود نص خاص يقرر للموفى حق الحلول :

من ذلك ما تقضى به المادة ١/٨٠١ من القانون المدنى الكويتى[١٢] من أن المؤمن – فى التأمين من الاضرار – يحل قانونا بما اداه من تعويض فى الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل المسئول قانونا عن الضرر المؤمن منه .

(١٢) راجع ايضا حكم المادة ٧٧١ مدنى مصرى فى هذا الخصوص .

المطلب الثالث

آثار الحلول

٣١٥ - الطبيعة المزدوجة للوفاء مع الحلول :

أن الوقوف على آثار الحلول نتيجة الوفاء انما يحتاج الى تحليل لطبيعة هذه العملية برمتها · وفى هذا الصدد نقول أن العملية تلك تتضمن وفاء فى جانب منها · اذ لا شك فى استيفاء الدائن الأصلى حقه من الموفى ونتيجة ذلك بطبيعة الحال لنقضاء الحق بالنسبة لهذا الدائن هذا من ناحية · ومن ناحية أخرى فان العملية المذكورة تتضمن ايضا - وهذا جانب ثان - انتقالا للحق · وتفسير ذلك أن قيام الموفى بالوفاء وان ترتب عليه انقضاء حق الدائن فلا يؤدى الى براءة ذمة المدين الأصلى وهو لم يقم بالوفاء وتظل ذمته مشغولة بالدين تجاه الموفى الذى يحل محل الدائن · وخلاصة ذلك أن الوفاء مع الحلول عملية مزدوجة فى طبيعتها ، وهى تنطوى على وفاء وانتقال للحق(١) ومن خلال التحليل المتقدم يسهل علينا تحديد آثار الوفاء مع الحلول ·

٣١٦ - الأثر الجوهرى للحلول ونتائجه :

يتمثل الاثر الجوهرى للحلول سواء كان اتفاقيا أو قانونيا فى صيرورة الموفى دائنا للمدين بذات الحق الذى كان للدائن الذى استوفى حقه · وهذا الأثر الجوهرى - وترد عليه بعض القيود ويرتب عدة نتائج - ضمنه المشرع المادة ٣٩٦ مدنى كويتى (م· ٢٣٩ مدنى مصرى) اذ قال :

« من حل قانونا او اتفاقا محل الدائن ، كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تامينات وما يرد عليه من دفوع ، ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من حل محل الدائن » ·

ومن هذا يتضح أنه يترتب على حلول الموفى دائنا بذات الحق الذى كان للمستوفى عدة نتائج نبرزها على النحو التالى :

---

(١٣) راجع : MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 622, p. 654.
MAZEAUD : op. cit., n. 801, p. 854.

١ ـ أن الموفى وهو يحل محل الدائن المستوفى ، ينتقل اليه حق الأخير بماله من خصائص • فاذا كان الحق تجاريا انتقل كذلك • فالوفاء لا ينشىء للموفى حقا جديدا •

٢ ـ يكون للموفى أيضا حق الدائن المستوفى بما يلحقه من توابع ويعتبر تابعا للحق أن يكون للدائن المستوفى حق الطعن فى تصرفات المدين بالدعوى البولصية أو أن يكون له حق الحبس ، حيث يكون للموفى الطعن بهذه الدعوى وتنتقل اليه العين المحبوسة من الدائن المستوفى[١٤] •

٣ ـ يكون للموفى أيضا أن يستفيد بما كان يضمن حق الدائن المستوفى من تأمينات ، سواء كانت شخصية مثل الكفالة أو عينية مثل الرهن •

٤ ـ يكون للموفى اضافة الى كل ما تقدم ، حق الدائن المستوفى ومما يرد عليه من دفوع فلو كان هذا الحق قد نشأ عن عقد باطل أو قابل للابطال ، كان للمدين التمسك بهذا الدفع فى مواجهة الموفى وهو الدائن الجديد كما كان له ذلك ضد الدائن الأصلى الذى استوفى • واذا كان الحق المشار اليه قد انقضى لأى سبب مثل الوفاء او التجديد أو المقاصة او الابراء كان للمدين التمسك بدفع انقضاء الحق تجاه الموفى أيضا •

٣١٧ ـ القيود على حق الموفى فى الحلول :

وكما ألمحنا من قبل ، فان الأثر الجوهرى للوفاء مع الحلول ويتمثل فى حلول الموفى محل الدائن المستوفى ، ترد عليه بعض القيود :

١ ـ يكون حلول الموفى بالقدر الذى أداه • وقد تضمنت هذا القيد المادة ٣٩٦ مدنى كويتى سابقة الذكر (م• ٣٢٩ مدنى مصرى) • فلو قبل الدائن استيفاء منقوصا لحقه ورضى به وفاء كان حلول الموفى بهذا القدر الذى أداه من ماله ، ومن ثم لا يجوز له الرجوع بالقيمة الأصلية للدين وهى اكبر بالطبع • وفى هذا يختلف الموفى فى الوفاء مع الحلول عن المحال له فى حوالة الحق فالمحال له يرجع بكل الدين فهو مضارب اشترى الدين بقيمة اقل من قيمته الحقيقية ليرجع بقيمة الدين كله[١٥] •

---

(١٤) السنهورى ب الوسيط ، جـ ٣ ، رقم ٣٩٣ صفحة ٦٩٠ •

٢ ـ اذا كان الموفى ملزما بالدين مع آخرين واوفى بالدين كله ، فانه يتقيد فى رجوعه عليهم باستنزال حصته أولا ولا يرجع على كل منهم الا بقدر نصيبه ويتحقق ذلك فى حالة المدين المتضامن أو المدين مع آخرين بدين لا يقبل الانقسام ٠

٣ ـ اذا كان الموفى قد ادى للدائن جزء من حقه حل محله فى حدود هذا الجزء وبقى الدائن مقدما فى استيفاء الجزء الباقى من حقه على الموفى الذى حل فى الجزء المستوفى ٠ ونصت على ذلك المادة ١/٣٩٧ مدنى كويتى (م٠ ١/٣٣٠ مدنى مصرى) ونرى أن ذلك يعد تطبيقا للقيد الأول الذى يقيد رجوع الموفى بالقدر الذى اداه ٠ ويلاحظ هنا أنه يمكن أن يتقدم شخص آخر يقوم بوفاء الدائن الجزء الباقى من حقه بعد الوفاء الأول ٠ ويحل محل الدائن فى هذا الجزء ، وتصدت لهذا الغرض المادة ٢/٣٩٧ مدنى كويتى (٢/٣٣٠ مدنى مصرى) اذ قالت : « اذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق ، رجع من حل اخيرا هو ومن تقدمه فى الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء » ٠

وتقديرنا لذلك ، ان القاعدة الواردة فى الفقرة الأولى بخصوص تقدم الدائن بالجزء الباقى له على من حل أولا وأن كانت قاعدة مكملة يمكن الاتفاق على ما يخالف حكمها ، فان مقتضى الفقرة الثانية يمنع انتقال ميزة تقدم الدائن على من حل أولا ـ وهى الميزة المذكورة فى الفقرة الأولى ـ الى الشخص الذى قام بوفاء الدائن الجزء الباقى وحل ثانيا ٠ فمن حل أولا ومن حل ثانيا ، كل منهما يرجع بقدر ما هو مستحق له وتقع بينهما قسمة الغرماء٠

٤ ـ اذا كان الموفى حائزا لعقار يضمن الوفاء بالدين وكان هناك حائزون آخرون لعقارات أخرى تضمن الوفاء بنفس الدين ايضا ، فان الحائز الموفى لا يكون له أن يرجع على أى من هؤلاء الحائزين الا بقدر نصيبه فى الدين بحسب قيمة العقار الذى يكون حائزا له ٠ ونصت على هذا الحكم المادة ٣٩٨ مدنى كويتى (م٠ ٣٣١ مدنى مصرى) ٠ وتقديرى ، أن وضع الحائز الذى أوفى بكل الدين على هذا النحو يشبه ـ من حيث كيفية رجوعه على حائزين آخرين ـ وضع المدين المتضامن الذى يفى بكل الدين على ما مر بنا فى القيد الثانى ٠

٣١٨ ـ الوفاء فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية :

أولا ـ بالنسبة لطرق الوفاء حددت المادة ٣١١ المدنى بقولها :

« ١ ـ يصح الوفاء من المدين او من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة فى الوفاء ٠

٢ ـ ويصح الوفاء ايضا ممن ليست له مصلحة فى الوفاء ، ولو كان ذلك دون علم المدين او رغم ارادته ، على انه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير اذا اعترض المدين على ذلك وابلغ الدائن هـذا الاعتراض ·

٣ ـ وفى جميع الأحـوال فانه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين اذا نص الاتفـاق او استوجبت طبيعة الدين أن ينفـذ المدين الالتزام بنفســـه » ·

وهـذه المـادة المقترحة تطـابق · بحكمها المـادة ٣٣٣ من القانون المدنى المصرى الحالى · كما أن المـادة المقترحة من المشروع تطـابق فى حكمها أيضـا المـادة ٣٩١ من القانون المدنى الكويتى · وغير صحيح ما جاء بالمشروع تعليقا على المـادة المقترحة تلك من انها « تطابق فى حكمها المـادة ٣٩٣ من التقنين المدنى الكويتى » ·

ثانيا ـ وتواجه المـادة ٣١٢ من المشروع شروط الموفى بقـولها :

« ١ ـ يشترط لصحة الوفاء ان يكون الموفى مـالـكا للشىء الذى وفى به ، وان يكون أهـلا للتصرف فيـه ·

٢ ـ ومـع ذلك فالوفاء بالشىء المستحق من ناقص الأهلية يكون صحيحا اذا لم يلحـق الوفاء ضررا به » ·

وهـذه المـادة المقترحة تطـابق فى حكمها المـادة ٣٢٥ من القانون المدنى المصرى الحالى · كما تطابق أيضا المـادة ٣٩٢ من القانون المدنى الكويتى · وغير صحيح ما جاء بالمشروع تعليقا على هـذه المـادة المقترحة من انها « تطابق المـادة ٣٩٤ من التقنين الكويتى » ·

اما المـادة ٣١٣ من المشروع فتتضمن حكما مستحدثا يخص الوفاء من المدين فى مرض الموت ونصها كالآتى :

« ١ ـ اذا وفى المدين دين بعض الدائنين وهـو فى مرض موته ، وكان ماله لا يسع الوفاء بجميع ديونه ، فأدى الوفاء بالدين الى الاضرار ببقيـة الدائنين ، فان الوفاء لا ينفـذ فى حـق هـؤلاء الباقين » ·

وفى رجـوع الموفى اذا كان شخصا آخر غير المدين نصت المـادة ٣١٤ من المشروع على ما ياتى :

« ١ ـ اذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه ٠

٢ ـ ومع ذلك يجوز للمدين الذى حصل الوفاء بغير ارادته ان يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه ، كلا أو بعضا ، اذا ثبت أن له مصلحة فى الاعتراض على الوفاء » ٠

وهذه المادة المقترحة تطابق المادة ٣٢٤ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ كما أنها تطابق ايضا المادة ٣٩٣ من القانون المدنى الكويتى وهو الأمر الذى أغفله المشروع فى التعليق على هذه المادة المقترحة ٠

ثالثا ـ وعن الوفاء مع الحلول ، اورد المشرع حالات الحلول القانونى فى المادة ٣١٥ ونصها كالآتى :

« اذا قام بالوفاء شخص آخر غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية :

(أ) اذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين او ملزما بوفائه عنه ٠

(ب) اذا كان الموفى دائنا ووفى دائنا آخر مقدما عليه بماله من تأمين عينى ولو لم يكن للموفى اى تأمين ٠

(ج) اذا كان الموفى قد اشترى عقارا ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم ٠

(د) اذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول » ٠

وهذه المادة المقترحة من المشروع تطابق المادة ٣٢٦ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠

وهى تطابق أيضا ٣٩٤ من القانون المدنى الكويتى ٠ وغير صحيح ما جاء بالمشروع تعليقا على هذا المادة المقترحة من انها تطابق « المادة ٣٩٦ من التقنين الكويتى » ٠

وتواجه المادة ٣١٦ من المشروع الحلول الاتفاقى اذ قالت : « للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك ،ولا يصح ان يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء » ٠

وهـذه المـادة المقترحة من المشروع تطـابق المـادة ٣٢٧ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ كما تطـابق أيضا الفقرة الأولى من المـادة ٣٩٥ من القـانون المدنى الكويتى ٠

وعلى ما اوضحنا من قبـل فى دراسـتنا للوفاء مـع الحلول فان النص المقترح السابق ذكره انمـا يعـالج صورة ضمن اثنتين للحلول الاتفـاقى ٠

اما الصورة الثانية للحلول الاتفاقى ، فقـد نصت عليها المـادة ٣١٧ من المشروع بقـولها « يجـوز أيضا للمدين اذا اقترض مالا وفى به الدين أن يحـل المقرض محـل الدائن الذى استوفى حقـه ، ولو بغير رضـا هـذا الدائن ، على أن يذكر فى عقـد القرض أن المـال قـد خصص للوفاء ، وفى المخالصة أن الوفاء كان من هـذا المـال الذى أقرضـه الدائن الجـديد » ٠

والمـادة المقترحة هـذه تطـابق المـادة ٣٢٨ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ وهى تطـابق أيضا الفقرة الثانية من المـادة ٣٩٥ من القانون المدنى الكويتى ٠

وتعالج المـادة ٣١٨ من المشروع آثار الحلول بصفة عامة ونصها كالآتى : « من حـل قانونا او اتفاقا محـل الدائن كان له حقـه بمـا لهـذا الحـق من خصائص ، وما يلحقـه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليـه من دفـوع ٠ ويكون هـذا الحلول بالقـدر الذى اداه من حـل محـل الدائن » وهـذه المـادة المقترحة تطـابق المـادة ٣٢٩ من القانون المصرى الحالى ٠ وهى تطـابق أيضا المـادة ٣٩٦ من القانون المدنى الكويتى ٠

واذا كان الأثر الجـوهرى للوفاء مـع الحلول يتمثل فى حلول الموفى محل الدائن المستوفى ، فقـد رأينا من قبـل أن هنـاك قيـودا على هـذا الأثر للحلول ٠ وقـد وردت القيـود فى المشروع كما يلى :

القيـد الأول :

تضمنته المـادة ٣١٩ من المشروع ونصها كالآتى :

« ١ ــ اذا وفى غير المدين للدائن جزءا من حقـه وحـل محـله فيـه ، فلا يضار الدائن بهـذا الوفاء ، ويكون فى استيفاء ما بقى له من حـق مقـدما على من وفاه ، ما لم يوجـد اتفـاق يقضى بغير ذلك ٠

٢ ــ واذا حـل شخص آخر محـل الدائن فيما بقى له من حـق رجـع من حـل اخيرا هو ومن تقـدمه فى الحلول كل بقـدر ما هـو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء » ٠

والمـادة المقترحة هـذه تطابق المـادة ٣٣٠ من القانون المدنى المصرى الحالى • وتطابق أيضا المـادة ٣٩٧ من القانون المدنى الكويتى •

التيـح الثانى :

نصت عليه المـادة ٣٢٠ من المشروع على النحو التالى :

« اذا وفى حائز العقـار المرهـون كل الدين وحـل محـل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هـذا الحلول أن يرجـع على حائز لعقار آخر مرهـون فى ذات الدين الا بقـدر حصة هـذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار » •

والمـادة تطابق المـادة ٣٣١ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كمـا تطابق ايضا المـادة ٣٩٨ من القانون المدنى الكويتى •

رابعا ـ وعن الوفى لـه :

نصت المـادة ٣٢١ من المشروع على ما يأتى :

« يكون الوفاء للدائن أو لنائبه • ويعتبر ذا صـفة فى استيفاء الدين من يقـدم للمدين مخالصـة صادرة من الدائن ، الا اذا كان متفقا على أن الوفـاء يكون للدائن شـخصيا » •

وهـذه المـادة المقترحة من المشروع تطابق المـادة ٣٣٢ من القانون المدنى المصرى الحالى • وهى تطـابق ايضا المـادة ٣٩٩ من القانون المدنى الكويتى •

واذا كان الأصـل أن الوفاء يكون للدائن أو لنائبه ، فقـد تصـدت المـادة ٣٢٢ من المشروع لحكم الوفاء لغير الدائن أو نائبه اذ قالت : « اذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه ، فلا تبرأ ذمة المدين الا اذا أقر الدائن هـذا الوفاء أو عادت عليـه منفعه منه ، وبقـدر هـذه المنفعة ، أو تم الوفاء بحسن نيـة لشخص كان هـو الدائن الظاهر » •

وهـذه المـادة تطابق فى حكمها المـادة ٣٣٣ من القانون المدنى المصرى الحالى مـع ملاحظة استبدال عبارة « هـو الدائن الظاهر » الواردة فى نهاية النص المقترح بعبارة « الدين فى حيازته » الواردة فى هـذا النص الحالى • والمـادة المقترحة تطـابق أيضـا المـادة ٤٠٠ من القانون المدنى الكويتى •

خامسا ــ وفى الوفاء بارادة الموفى لرفض الدائن قبول الوفاء وتعنته :

اورد المشروع ما ينظم اجبار الدائن على الوفاء فى مادتين :

الأولى : المادة ٣٢٣ ونصها كالآتى : « اذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا ، أو رفض القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن انه لن يقبل الوفاء ، اعتبر أنه قد تم اعذاره من الوقت الذى يسجل المدين عليه هذا الرفض باعلان رسمى » ٠

وهذه المادة تطابق المادة ٣٣٤ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق الفقرة الأولى من المادة ٤٠١ من القانون المدنى الكويتى ٠

الثانية : المادة ٣٢٤ وتنص على انه « اذا أعذر الدائن ، تحمل تبعة هلاك الشىء ، أو تلفه ، وأصبح للمدين الحق فى ايداع الشىء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما صابه من ضرر » ٠

وهذه المادة تطابق المادة ٣٣٥ من القانون المدنى المصرى الحالى مع حذف عبارة « ووقف سريان الفوائد » الواردة فى هذا النص الحالى جريا على أحكام الشريعة الغراء فى تحريم الربا ٠

والمادة المقترحة هذه تطابق أيضا الفقرة الثانية من المادة ٤٠١ من القانون المدنى الكويتى ٠

سادسا ــ وفى حكم الايداع اذا كان محل الوفاء شيئا معينا بالذات :

نصت المادة ٣٢٥ من المشروع على أنه « اذا كان محل الوفاء شيئا معينا بالذات ، وكان الواجب ان يسلم فى المكان الذى يوجد فيه ، جاز للمدين بعد أن ينذر الدائن بتسلمه أن يحصل على ترخيص من القضاء فى ايداعه ، فاذا كان الشىء عقارا أو شيئا معينا للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين ان يطلب وضعه تحت الحراسة » ٠

ونص هذه المادة المقترحة يطابق المادة ٣٣٦ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ كما يطابق أيضا ٠٠٠٠٠٠

ولا يبدو ان للمادة المقترحة نظيرا فى القانون المدنى الكويتى ٠

اما المادة ٣٢٦ من المشروع فتتضمن حكما يخص ايداع الأشياء التى يسرع اليها التلف وتنص على ما يأتى :

« ١ - يجوز للمدين بعد استئذان القضاء ان يبيع بالمزاد العلنى الأشياء التى يسرع اليها التلف ، أو التى تكلف نفقات باهظة فى ايداعها أو حراستها وأن يودع الثمن خزانة المحكمة ·

٢ - فاذا كان الشيء له سعر معروف فى الأسواق أو كان التعامل فيه متداولا فى البورصات ، فلا يجوز بيعه بالمزاد الا اذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف » ·

وهذه المادة تطابق المادة ٣٣٧ من القانون المدنى المصرى الحالى · ولا يبدو أن النص المقترح نظيرا فى القانون المدنى الكويتى ·

وقد اجاز المشروع الايداع من المدين مباشرة حال قيام مانع يحول دون تعرف المدين على الدائن الذى يجب الوفاء له · اذ نصت المادة ٣٢٧ من المشروع على ما يأتى : « يكون الايداع أو ما يقوم مقامه من اجراء جائزا كذلك ، اذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه ، أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء ، أو كان الدين متنازعا عليه بين عدة أشخاص ، او كانت هناك أسباب جديه أخرى تبرر هذا الاجراء » ·

وقد عرضنا لمثل هذا الحكم من قبل فى دراستنا للمادة ٤٠٣ من القانون المدنى الكويتى وهى تطابق النص المقترح فى المشروع المصرى · كما أن هذه المادة المقترحة ايضا تطابق المادة ٣٣٨ من القانون المدنى المصرى الحالى ·

سابعا - وعن الايداع المسبوق بالعرض الحقيقى :

قالت المادة ٣٢٨ من المشروع « يقوم العرض الحقيقى بالنسبة للمدين مقام الوفاء ، اذا تلاه ايداع يتم وفقا لأحكام قانون المرافعات ، أو تلاه أى اجراء مماثل وذلك اذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته » ·

وهذه المادة تطابق المادة ٣٣٩ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المادة ٤٠٢ من القانون المدنى الكويتى ·

ونصت المادة ٣٢٩ من المشروع ايضا على ما يأتى :

« ١ - اذ عرض المدين الدين واتبع العرض بايداع أو باجراء مماثل جاز له أن يرجع فى هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله ، أو ما دام لم يصدر

حكم نهائي بصحته • واذا رجع فلا تبرأ ذمة شركائه فى الدين ولا ذمة الضامنين •

٢ ـ اما اذا رجع المدين فى العرض بعد أن قبله الدائن ، أو بعد ان حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، فانه لا يكون لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تامينات وتبرأ ذمة الشركاء فى الدين وذمة الضامنين » •

وهذه المادة المقترحة تطابق المادة ٣٤٠ من القانون المدنى المصرى الحالى مع تعديل بسيط فى الألفاظ بالفقرة الثانية •

وهذه المادة المقترحة تطابق أيضا المادة ٤٠٤ من القانون المدنى الكويتى •

ثامنا ـ وفى محل الوفاء و موضوعه :

على نحو دراستنا له من قبل ، نجد المادة ٣٣٠ من المشروع تقرر القاعدة فى هذا الشأن وهى قاعدة وجوب الوفاء بالشىء المستحق أصلا ، وقد عرضنا لها فيما سبق • والمادة يجرى نصها على النحو التالى :

« الشىء المستحق أصلا هو الذى به يكون الوفاء ، فلا يجبر الدائن على قبول شىء غيره ، ولو كان هذا الشىء مساويا له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى •

والمادة على هذا النحو تطابق المادة ٣٤١ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المادة ٤٠٥ من القانون المدنى الكويتى •

وتقرر المادة ٣٣١ من المشروع فى هذا الشان قاعدة عدم قبول الوفاء الجزئى ، ويجرى نصها على النحو التالى :

١ ـ لا يجوز للمدين ان يجبر الدائن على قبول وفاء جزئى لحقه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك •

٢ ـ واذا كان الدين متنازعا فى جزء منه وقبل الدائن ان يستوفى الجزء المعترف به ، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء •

وقد عرضنا فيما سبق للقاعدة الموجود فى مثل هذه المادة وما يرد عليها من استثناءات • وعلى أية حال فان هذه المادة انما تطابق المادة ٣٤٢ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق أيضا المادة ٤٠٦ من القانون المدنى الكويتى •

تاسعا — وفى تعيين ما تم الوفاء به من الديون فى حالة تعددها ، نذكر بما ذكرناه من قبل فى هذا الشأن • ذلك انه اذا كان النطاق الحقيقى لقاعدة عدم جواز تجزئة الوفاء فى حالة تعدد الديون والمدين واحد ، فان هذا الغرض يثير صعوبة فى تعيين ما تم الوفاء به من الديون المتعددة تلك •

وقد تصدى المشروع لهذه الصعوبة فى المادة ٣٣٢ ونصها كالآتى : « اذا كان المدين ملزما بأن يوفى مع الدين مصروفات وتعويضات عن التأخير فى الوفاء وكان ما اداه لا يفى بالدين مع هذه الملحقات ، خصم ما ادى من حساب المصروفات ثم من التعويضات ثم من أصل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك » •

وقد عرضنا لدراسة الموضوع من قبل فى القانون المدنى الكويتى والمصرى الحالى • ولا نتردد الآن فى القول بأن هذه المادة المقترحة تطابق المادة ٣٤٣ من القانون المدنى المصرى الحالى كما تطابق المادة ٤٠٧ من القانون المدنى الكويتى •

مع ملاحظة أن المشروع قد حذف من مادته سالفة الذكر كلمة الفوائد الواردة فى نص القانون المدنى المصرى الحالى ، جريا على احكام الشريعة التى تحرم الفوائد الربوية •

وقد نصت المادة ٣٣٣ من المشروع لحالة اخرى من حالات تعدد الديون بحيث أن ما يؤديه المدين لا يفى بها جميعا • ونصها كما يأتى : « اذا تعددت الديون فى ذمة المدين ، وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد ، وكان ما اداه المدين لا يفى بهذه الديون جميعا ، جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذى يريد الوفاء به ، ما لم يوجد مانع قانونى او اتفاقى يحول دون هذا التعيين » •

وقد درسنا فيما سبق حكم هذه الحالة ، مما يدفعنا الى القول بأن هذه المادة المقترحة انما تطابق المادة ٣٤٤ من القانون المدنى المصرى الحالى كما تطابق أيضا المادة ٤٠٨ من القانون المدنى الكويتى •

ونصت المـادة ٣٣٤ من المشروع على أنه « اذا لم يعين الدين على الوجه المبين فى المـادة السابقة كان الخصم من حساب الدين الذى حل ، فاذا تعددت الديون الحالة فمن حســاب اشدها كلفة على المدين فاذا تســـاوت الديون فى الكلفة فمن حساب الدين الذى يعينه الدائن » ٠

وهذه المـادة المقترحة تطابق المـادة ٣٤٥ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المـادة ٤٠٩ من القانون المدنى الكويتى ٠ وقد عرضـــنا لها من قبــل ٠

عاشرا ــ وعن ظروف الوفاء :

تناول المشروع زمان الوفاء فى المـادة ٣٣٥ ويجرى نصها على النحو التالى ٠

١ ــ يجب ان يتم الوفاء فورا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا فى ذمـــة المدين ما لم يوجد اتفاق او نص يقضى بغير ذلك ٠

٢ ــ على انه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية اذا لم يمنعه نص ان ينظر المدين الى اجل معقول او آجال ينفذ فيها التزامه ، اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جســيم ٠

وهذه المـادة المقترحة من المشروع تطابق المـادة ٣٤٦ من القـــانون المدنى المصرى الحالى ٠ والمـادة المقترحة تلك تطابق ايضـــا المـادة ٤١٠ من القانون المدنى الكويتى ، مع ملاحظة خلو نص المشروع وقد اشرنا الى ذلك من قبل فى مقارنة النص الأخير مع النص المدنى المصرى الحالى ٠

وهنا نود أن نذكر بالمـادة ٢٥٩ من المشروع وتنص على انه : « اذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقــوم بوفائه الا عند المقــدرة أو الميسرة عين القاضى ميعادا مناسبا لحلول الأجل ، مراعيا فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة ، ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه »

وقــد تكلم المشروع عن مكان الوفاء فى المـادة ٣٣٦ ونصها كالآتى :

« اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليمه فى المكـــان الذى كان موجودا فيه وقت الوفاء أو فى المكــان الذى يوجد فيه مركز اعمال المدين اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الاعمــال » ٠

وهذه المـادة المقترحة من المشروع تقابل المـادة ٣٤٧ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تقابل المـادة ٤١٢ من القانون المدنى الكويتى • مـع ملاحظة أن نص المشروع قد أوجب أن يكون تسليم الشيء المعين بالذات فى المكان الذى يوجد فيه وقت الوفاء بخلاف النصين الآخرين وقد أوجبا تسليم هـذا الشيء فى المكان الذى كان يوجـد فيه وقت نشوء الالتزام بتسليمه •

حادى عشر ــ أما عن نفقات الوفاء ، فقد نصت المـادة ٣٣٧ من المشروع على أنه :

« تكون نفقات الوفاء على المدين ، الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣٤٩ من القانون المدنى المصرى الحالى ، وتطابق المـادة ٤١٣ من القانون المدنى الكويتى •

المبحث السادس

الوفاء فى الفقه الاسلامى

٣١٩ ـ يعد الوفاء سببا لانقضاء الالتزام فى فقه الشريعة الاسلامية(١) وليس أدل على ذلك مما نصت عليه المادة ١٩٥ من مرشد الحيران من أن الديون تنقضى بايفائها ٠

وسوف نتناول الوفاء فى الفقه الاسلامى فى نقاط تقترب من نظيرتها فى القانون المدنى التى عرضنا لها ، وغايتنا من ذلك ان يتحقق الانسجام فى العرض بالنسبة لبحث موضوع الوفاء بصفة عامة ونقسم دراستنا فى هذا المبحث الى عدة مطالب ٠

المطلب الأول

طرفا الوفاء

٣٢٠ ـ الموفى :

الأصل ان يقوم المدين بالوفاء واستثناء على هذا الأصل ، جوز فقه الشريعة الاسلامية أن يكون الوفاء من شخص آخر غير المدين وتبعا لذلك ، فان الوفاء كما يكون من المدين نفسه ، يمكن أن يكون من نائبه ٠

وفى هذا تنص المادة ١٩٦ من مرشد الحيران على ما يأتى : « يجوز وفاء الدين من المديون الأصيل ومن الكفيل ان كان له كفيل أو من شريكه ان كان الدين مشتركا » ٠

ومن ذلك أيضا ما جاءت به المادة ٩٣٧ من مرشد الحيران من أنه « اذا دفع الوكيل بشراء ثمن المبيع من مال نفسه للبائع فله الرجوع به على

---

(١) راجع الأعمال الكاملة للمرحوم أحمد ابراهيم بك (٢) الالتزام فى الشرع الاسلامى. صفحة ٢٢٥ ـ ٢٣٦ ٠

موكله · والمعنى الواضح لذلك أن المشترى هو المدين الأصلى بالثمن وقد وكل شخصا بالشراء ، جاز للوكيل أن يفي بالثمن باعتباره نائبا عن المشترى · وتطبيقا لذلك أيضـا تكلمت المـادة ١٢٧٣ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامـام أحمـد بن حنبل عن قضـاء الوكيل دين موكله ·

وكما يكون الوفاء من المدين أو نائبه ، يمكن أن يقع الوفاء أيضا من الغير وفى هذا تقول المـادة ١٩٧ من مرشد الحيران « يجوز وفاء الديون المطلوبة من المدين من شخص غيره بأمره وبغير امره » · كل ما هنالك ، انه اذا كان الغير قد قام بالوفاء بأمر المدين فالاتفـاق قائم فى الفقه الاسلامى على انه يكـون للمـوفى الرجوع على المدين بما أوفى · أما اذا كان وفاء الغير دون اذن المدين اختلف الرأى : ففى الفقه الاسلامى من ذهب الى القول بأنه يجـوز للموفى الرجـوع ومنهم الحنابلة فقـد جاء بالقواعـد لابن رجب الحنبلى أنه : « اذا قضى عنه دينا واجبا بغير اذنه فانه يرجع به عليه فى أصـح الروايتين وهى المذهب عند الخرقى وأبى بكر والقاضى والأكثرين · واشترط القاضى أن ينـوى الرجوع ويشـهد على نيته عند الأداء فلو نوى التبرع أو أطلق النيـة فلا رجوع له واشترط أيضـا أن يكـون المدين ممتنعا عن الأداء ······ وخالف فى ذلك صاحب المغنى »[٢] وفى قول آخر يرى الأحناف أنه لا رجوع للموفى بغير اذن المدين فقد نصت المـادة ٢٠٥ من مرشد الحيران على أنه اذا قضى أحـد دين غيره بلا امرسقط الدين عن المديون سواء قبل أو لم يقبل ويكون الدافع متبرعا لا رجـوع له على المديون بشىء ممـا دفعـه بلا امره » ·

واذا تم الوفاء على نحـو ما سبق ، فالأصـل أنه ليس للدائن أن يعترض على الوفاء واستثناء على ذلك جـوز فقـه الشريعة الاسلامية مثل هـذا الاعتراض اذا كان هنـاك اتفاق يقضى بوجـوب قيام المدين نفسه بالوفاء أو كانت طبيعة الالتزام تقضى ذلك · ومن تطبيقات ذلك ما قال به الحنابلة من أنه لا يجـوز للأجير الخـاص أن ينيب عنه غيره فى القيام بالعمل المطلوب منه ما دام العقـد يستوجب قيامه بالعمل بنفسه[٣] · وتأكيدا لذلك نصت المـادة ٦١٤ من مجلة

---

(٢) القواعـد فى الفقـه الاسـلامى لابن رجب الحنبلى ، مشار اليه فيما سبق ، القاعـدة الخامسة والسبعون ، صفحة ٣٧ وجاء فى كشاف القناع « وكذا حكم من ادى عن غيره دينا واجبا كفيلا كان او اجنبيا ان نوى الرجـوع رجـع والا فـلا » كشاف القنـاع للبهوتى مشار اليه من قبل الجزء الثالث صـفحة ٣٧١ ·

(٣) راجع القواعـد فى الفقـه الاسـلامى لابن رجب الحنبلى ، مشار اليه فيما سـبق ، القاعـدة التاسعة والستون صفحة ١٢٣ · وتطبيقا لذلك نصت المـادة ٦١٢ من مرشـد الحيران على أنه « اذا اشترط على الظئر ارضاعها بنفسها فارضعته من غيرها فلا تستحق الأجرة » ونصت المـادة ٦٢١ من مرشـد الحيران ايضا على انه « لا يجـوز للصانع أو المقـاول الذى التزم فى العقـــد العمل بنفسه أن يستعمل غيره » ·

الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على أنه « ليس للأجير الخاص ان ينيب عنه أحدا فيما استؤجر له » وعلة ذلك ان الأجير فى هذا النوع من عقود الاجارة غالبا ما يكون مقصودا بذاته ولمهارة أو خبرة توخاها فيه صاحب العقد ٠

ويتكلم الأحناف عن شروط الموفى ، فذكرت المادة ٢١٩ من مرشد الحيران انه اذا كان المديون صغيرا مميزا أو كبيرا معتوها أو محجورا عليه لسفه أو غفلة ودفع الدين الذى عليه صح دفعه وبرئت ذمته ٠ وجاء بالمادة ٢٢١ من مرشد الحيران أيضا انه يشترط لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه ان يكون الدافع مالكا لما دفعه ٠

واستخلاصا مما مر يمكننا القول أن القانون المدنى وهو يتكلم عن الموفى انما يتفق فيما قاله ، خاصة فى المادة ٣٩١ مدنى كويتى تقابلها المادة ٣٢٣ مدنى مصرى ، مع ما جاء به الفقه الاسلامى فى هذا الخصوص ٠

٣٢١ ـ الموفى له :

الأصل ان يكون الوفاء للدائن فى الفقه الاسلامى يمكن أيضا أن يكون الوفاء لوكيله أو لمن له حق قبضه عنه وليس ادل على ذلك مما نصت عليه المادة ٢١٧ من مرشد الحيران حين قالت : « انما يصح دفع الدين لصاحب الدين أو وكيله أن كان صاحب الدين بالغا عاقلا غير محجور عليه فأن كان قاصرا أو كبيرا مجنونا أو محجورا عليه لسفه فلا يصح دفع الدين اليه بل يدفع لمن له حق قبضه عنه من ولى أو وصى للصغير أو المجنون أو من قاض أو وصية للسفيه المحجور عليه ٠

ومنتطبيقات ذلك أيضا ما جاء فى الأحكام العامة لشركات العقد فى مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل ٠ فقد نصت المادة ١٨٣٨ من هذه المجلة على ما يأتى : « لكل من الشركاء أن يعمل ما هو من أعمال التجارة فله أن يبيع ويشترى ويقبض ويحيل ويحتال ويؤجر ويستأجر » ٠

ونصت المادة ١٨٣٩ من نفس المجلة أيضا على ما يأتى : « لكل من الشركاء أن يعمل ما هو من مصلحة التجارة فله ٠٠٠٠٠٠٠٠ المطالبة بالدين والخصومة فيه وحبس الغريم ولو أبى الشريك » ٠

ويظهر من النصين ان الشريك فى شركات العقد له حق استيفاء الدين وأساس ذلك انه يعد وكيلا عن الشركاء ٠

وعن شروط الموفى له ، تكلم الفقه الحنفى في المادة ٣١٨ من مرشد الحيران عن أهليته · اذ نصت على أنه اذا كان صاحب الدين قاصرا أو كبيرا مجنونا أو محجورا عليه لسفه ودفع المديون اليه الدين المطلوب له فلا يعتبر دفعه ·

والأصل عدم جواز امتناع الدائن عن قبول الوفاء فاذا امتنع كان للمدين أن يراجع الحاكم الذى يأمر الدائن بالقبض أو الابراء ، فاذا استمر فى امتناعه قبض له الحاكم الدين · ونصت المادة ٢٠٩ من مرشد الحيران على انه اذا عرض المديون مبلغ الدين على غريمه فامتنع من قبضه فله أن يرفع الأمر الى الحاكم ليأمره بقبضه وتأكيدا لذلك جاء فى القواعد لابن رجب الحنبلى : « لو اتاه الغريم بدينه فى محله ولا ضرر عليه فى قبضه فانه يؤمر بقبضه أو ابرائه فان امتنع قبضه له الحاكم وبرىء غريمه »(٤) ·

ونستخلص مما سبق أن ما جاء به القانون المدنى بخصوص الموفى له وعرضنا له من قبل خاصة ما جاء بالمادة ٣٩١ مدنى كويتى (م· ٣٣٢ مدنى مصرى) لا يختلف عما جاء به الفقه الاسلامى فى هذا الخصوص ·

---

(٤) القواعد فى الفقه الاسلامى لابن رجب الحنبلى ، مشار اليه فيما سبق ، القاعدة العاشرة بعد المائة ، صفحة ٢٤٥ · وجاء ايضا فى صفحة ٣٣ وبخصوص القاعدة الثالثة والعشرون « اذ أتاه الغريم بدينه الذى يجب عليه قبضه نابى أن يقبضه قال فى المغنى يقبضه الحاكم وتبرأ ذمة الغريم لقيام الحاكم مكان الممتنع بولايته » ·

المطلب الثانى

موضـــوع الوفاء

٣٢٢ ـ الوفاء بذات الشيء المستحق فى الفقــه الاسلامى :

يكون الوفاء بذات الالتزام الذى يثقــل كاهل المدين وفى هــذا تنص المــادة ٢٠٨ من مرشــد الحيران على ما يأتى :

« رب الدين اذا ظفر بجنس حقــه من مال مديونه أو من مال كفيله وهــو على صفته فــله أخــذه بلا رضاه » ٠

وكما عرضنا من قبل فى شان التنفيذ العينى فى الفقــه الاسلامى فان الأصل هــو تنفيذ ذات الالتزام الذى التزم به المدين ٠ ومن التطبيقات التى ذكرناها فى هــذا عند الحنابلة ما جاءت به مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل فى خصوص الغصب ٠ اذ جاء بالمــادة ١٣٧٨ انه يجب على الغاصب رد المغصوب لمــالكه ولا يجبر على قبــول عــوضه ٠

ونصت المــادة ١٣٨٤ من نفس المجلة على انه « لا يقبل من الغاصب دفــع قيمة المغصوب الا اذا تعــذر رده عينا » وفحــوى ذلك كما المحت منذ قليل التزام المدين بأداء ما هــو ملتزم به ولا يجــوز اللجوء الى البدل الا اذا تعــذر الأصل ونستخلص من ذلك ـ بخصوص موضوع الوفاء ـ ان الوفاء يكون بذات الشيء المستحق دون ســواه ، وهــذا هــو الأصــل فى الفقــه الاسلامى ٠ ومن تطبيقات ذلك ما نصت عليــه مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل فى المــادة ٣٥٨ من أن « النقــود تتعين بالتعيين فى العقــود ٠ فاذا اشترى بنقــود معينة أشار اليها لزمه تسليمها عينا » ٠

ونصت المــادة ٢٢٢ من مرشــد الحيران على انه « اذا كان الدين المطلوب ثمن مبيع وصـــار تعيينه فى العقــد وهــو ممــا يتعين بالتعيين فليس للمديون أن يدفــع غيره وان كان ممــا لا يتعين بالتعيين كالنقــود وعين فى العقد فللمدين دفــع مثله وان لم يرض الدائن » ٠ والنص يمثل وجهة نظر الأحناف[1] ٠

---

(١) راجع ايضا حكم المــادة ٤١٨ من مرشــد الحيران ونصها كالآتى :

« اذ بين وصف الثمن فى العقــد لزم المشترى أن يؤديه من صنف النقود الموصوفة » ٠

وقاعدة وجوب الوفاء بالشيء المستحق في الفقه الاسلامي ـ وهي ما أخذ بها القانون المدني الكويتي والمصري على ما ذكرنا ـ تظهر أكثر فيما اذا كان التزام المدين هو التزام بعمل . اذ يلتزم بالقيام بالعمل المكلف به دون غيره . من ذلك ما جاء بالمادة ٦٠٣ من مرشد الحيران فيما يتعلق بالأجر الخاص وقد حظرت عليه أن يشتغل بشيء آخر غير المكلف به في العقد .

٣٢٣ ـ عدم قبول الوفاء الجزئي :

واذا كان يبين لنا مما تقدم أن الوفاء يجب ـ في الفقه الاسلامي ـ بذات الشيء المستحق ، فانه يتعين أن يكون به كله فالأحناف لا يجبرون على قبول جزئي لحقه . وفي هذا تنص المادة ٢١٥ من مرشد الحيران على أنه : « اذا كان الدين حالا فليس للمديون أن يجبر صاحبه على قبول بعضه دون البعض ولو كان قابلا للتبعيض » وهو ما أخذ به القانون المدني الكويتي والمصري بشأن الوفاء الجزئي على ما مر بنا .

٣٢٤ ـ تعيين ما تم الوفاء به من الديون في حالة تعددها :

ويلاحظ أنه في الفرض الذي تتعدد فيه ديون المدين لدائن واحد في الفقه الاسلامي فانه على الرغم من ان الأمر يخرج عن الوفاء الجزئي الذي يتحدد بحالة يكون فيها الدين واحدا ، فان فرض التعدد يثير صعوبة في هذا الفقه بشأن تعيين ما تم الوفاء به من الديون المتعددة هذه اذا كان ما لدى المدين لا يكفي للوفاء بها جميعا .

في هذا نرى رأى الأحناف ، وقد أخذ به القانون المدني الكويتي والمصري كما عرضنا للوضع فيهما ، تجسده المادة ١٣٥ من مجلة الأحكام العدلية وقد نصت على ما يأتي : « اذا أعطى من عليه ديون مختلفة لدائنه مقدارا من الدين فالقول له فيما اذا ادعى أنه اعطاه محسوبا من دينه الفلاني » . وفي هذا نصت المادة ٢١٦ من مرشد الحيران على ما يأتي :

« اذا دفع المديون أحد دينين واجبين في ذمته ...... يعتبر قول المدين في تعيين نوع الدين الذي دفعه » .

والمعنى الواضح للنصين يؤدي بنا الى القول بانه اذا تعددت ديون المدين لدائن واحد وكان ما دفعه لا يكفي للوفاء بها جميعا ، فالعبرة بقول المدين الذي يعين الدين الذي تم الوفاء به . وتطبيقا لذلك فلو كان احد الدينين قرضا والآخر ثمن مبيع ودفع المدين مبلغا يكفي لوفاء أحدهما فللمدين أن يعين ما تم الوفاء به منهما .

وجاء فى الاشباه والنظائر لابن نجيم فى هـذا الخصوص ما يلى : « فلو كان عليه دينان من جنس واحـد فدفـع شيئا مالتعيين للدافـع الا اذا كان من جنسين لم يصح تعيينه من خـلاف جنسه »[2] ٠

وتبعـا لذلك فلو تعـددت ديون المدين لدائن واحـد ، وما دفعـه المدين لا يكفى للوفاء بها كلها فان تعيين ما تم الوفاء به من هـذه الديون يكون كما يلى : اذا كانت الديون المتعـددة من جنس واحـد كان تعيين الدين الذى تم الوفاء به للدفـع اى المدين ٠ اما اذا ختلف جنسها ، كان تعيين الدين المدفـوع متوقفـا ليس على تعيين المدين ، وانمـا على جنس المدفـوع اذ يعتبر المـال المدفـوع من اصـل ما هـو من جنسه من هـذه الديون ٠ مثال ذلك ، لو كان على شـخص لآخر دينان بمبلغ نقـدى ، احـدهما ثمن شىء اشتراه والآخر مبلغ قرض فاذا دفـع المدين مبلغا كان له أن يعين الدين الذى تم الوفاء به ثمن الشراء او مبلغ القرض ٠ وتطبيقا لذلك ايضا فانه لو كان على شخص لآخر دينان ، احـدهما مبلغ نقـدى والآخر تسليم شىء فان تعيين ما تم الوفاء به منهما متوقف على جنس المدفـوع ٠ فاذا كان مبلغا نقـديا ، كان الموفى به الدين النقـدى لأن المدفـوع من جنسه ٠ وبخصوص البيع ، نصت المـادة ٣٦١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل على ان : « البيع المطلق يقتضى تعجيل الثمن وتسليمه فى مجلس العقـد » واذا كان لهـذا النص من معنى نستدل به فى هـذا المقام ، فان النص واضح فى تاكيد حرص الحنابلة على وجـوب الوفاء بالالتزام فـور نشوئه فاذا لم يتحـدد اجـل الوفاء فى البيع بأن جاء البيع مطلقا تعين اعمال الأصل ماثل فى وجـوب الوفاء بالالترامات الناشئة عنه ، وفـور نشوئها وهـذا المعنى ما اكده الأحناف كما ينبىء نص المـادة ٤٢٣ من مرشـد الحيران اذ قالت : البيع المطلق الذى لم يذكر فى عقـده تأجيل الثمن او تعجيله يجب فيه الثمن معجلا ويدفـع فى الحال الا اذا جرى عرف البلدة وعادتها أن يكون الدفـع مؤجـلا او مقسطا بأجـل معلوم فان كان كذلك يلزم وهـذه الحلول فى الفقـهالاسلامى لتعيين ما تم الوفاء به من الديون فى حالة تعـددها فى ذمة المدين لدائن واحـد ، يقترب منها ما تبناه المشرع المدين من حلول فى هـذا الصدد ، سواء فى الكويت (م٠ ٤٠٨ ، ٤٠٩) أو فى مصر (م٠ ٣٤٤ ، ٣٤٥) ٠

---

(٢) الاشباه والنظائر للشيخ زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٠ هـ ــ ١٩٨٠ م ٠ ب كتاب المداينـات صفحة ٣٦٥ ٠

المطلب الثالث

ظروف الوفاء

٣٢٥ – اولا – زمان الوفاء :

يبدو لنا ، أن القاعدة فى الفقه الاسلامى هى وجوب الوفاء بالالتزام فور نشوئه ، ما لم يتحدد أجل الوفاء بالاتفاق صراحة أو دلالة ٠ ونقدم فى التدليل على وجود مضمون هذه القاعدة فى الفقه الاسلامى تطبيقا من عدة ٠

ففى البيع ، وعند الحنابلة ، نصت المادة ٣١١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على أن « البيع المطلق يقتضى تعجيل الثمن وتسليمه فى مجلس العقد » ٠ واذا كان لهذا النص من معنى نستدل به فى هذا المقام ، فان النص واضح فى التاكيد على وجوب الوفاء بالالتزام فور نشوئه ٠ فاذا لم يتحدد أجل الوفاء فى البيع بأن جاء مطلقا تعين أعمال الأصل ماثل فى وجوب الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه وفور نشوئها ٠ وهذا المعنى اكده الأحناف كما ينبىء نص المادة ٤٢٣ من مرشد الحيران اذ قالت : « البيع المطلق الذى لم يذكر فى عقد تأجيل الثمن أو تعجيله يجب فيه الثمن معجلا ويدفع فى الحال الا اذا جرى عرف البلدة وعادتها أن يكون الدفع مؤجلا أو مقسطا بأجل معلوم فان كان كذلك يلزم اتباع العرف والعادات الجارية »(٣) ٠

واستثناء على القاعدة المتقدمة ، أجاز الفقه الاسلامى منح المدين نظرة ميسرة ٠ والفقه الحنفى واضح فى ذلك ٠ فقد نصت المادة ٢١٥ من مرشد الحيران على انه « ٠٠٠ اذا كان المديون معسرا لا يمتلك شيئا لوفاء كل الدين يجوز له (صاحب الدين) امهاله وينظر الى ميسرته » ٠ هذا بخصوص الوفاء بالديون بصفة عامة ٠ وتضمنت المادة ٤٨٨ من مرشد الحيران أيضا تطبيقا لما جاء فى النص السابق حين قالت :

---

(٣) راجع المادة ٢٥١ من مجلة الأحكام العدلية وتقدم نفس الحكم ٠

راجع أيضا المادة ٥٦٤ من مجلة الأحكام الشرعية ونصها كالآتى : « ابتداء مدة الاجارة يعتبر من الوقت الذى سمياه فى العقد ، وعند عدم ذكره يعتبر من حين العقد » ٠

« لا يجوز للقاضي أن يمهل المشترى فى دفع الثمن للبائع ما لم يكن المشترى معسرا لا يقدر على الوفاء فينتظر الى الميسرة » . وعند الحنابلة قال صاحب المغنى(٤) « أن من وجب عليه دين حال فطولب به ولم يؤده نظر الحاكم ..... وان لم يجد له مالا ظاهرا فادعى الاعسار فصدقه غريمه لم يحبس ووجب انظاره ولم تجز ملازمته لقول الله تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظره الى ميسرة » .

واستخلاصا مما تقدم يمكننا القول أن القانون المدنى يتفق مع الفقه الاسلامى فى وجوب الوفاء بالالتزام فور نشوئه ما لم يتحدد أجل لهذا الوفاء .

وهذا ما عرضنا له من قبل بخصوص المادة ٤١٠ من القانون المدنى الكويتى ، وتطابق المادة ٣٤٦ من القانون المدنى المصرى .

٣٢٦ ـ ثانيا ـ مكان الوفاء :

فى تعيين مكان الوفاء ، نرى رأى الحنفية كما تنبىء به المادة ٢٢٣ من مرشد الحيران ونصها كالآتى :

« محل الوفاء هو المكان الذى تعين فى العقد اذا كان الشىء الملتزم بتسليمه مما له حمل ومؤونه كالمكيلات والموزونات والعروض ونحوها فان كان العقد مطلقا لم يعين فيه مكان التسليم يسلم الشىء فى المكان الذى كان موجودا به وقت العقد »(٥) .

---

(٤) المغنى للامام العلامة موفق الدين أبى محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه ، الجزء الرابع ، مشار اليه من قبل صفحة ٥٠٢ .

وقارن المادة ٤٦٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل ونصها كالآتى :

« اذا ظهر المشترى مفلسا او معسرا ولو ببعض الثمن فللبائع خيار الفسخ والرجوع بعين ماله ولا يلزمه أن ينظره » .

(٥) ونصت المادة ٢٨٥ من مجلة الأحكام العدلية على أن « مطلق العقد يقتضى تسليم المبيع حيث يوجد وقت العقد » ونصت المادة ٢٨٧ من المجلة ايضا على أنه « اذا بيع مال على أن يسلم فى محل كذا لزم تسليمه فى ذلك المحل » .

وتنص المادة ٣٤١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد ابن حنبل على أن « مقتضى العقد تسليم المبيع فى مكان العقد اذا كان محله اقامة » ونصت المادة ٣٤٢ من هذه المجلة على أنه « لو شرط العاقد تسليم المبيع فى مكان معين مطلوم فمؤنه ايصاله الى ذلك المكان على البائع » .

والنص واضح – على ما نعتقد – فى التفرقة بين فرضين بشأن مكان الوفاء : الفرض الأول : أن يتعين مكان الوفاء فى العقد اذ يجب على المدين أن يقوم بالوفاء فى هذا المكان اذا كان الدين مما لحمله مؤونه مثل المكيلات والموزونات والعروض . الثانى : وفيه يكون العقد مطلقا لم يعين فيه مكان الوفاء . وللمدين هنا أن يقوم بالوفاء ويسلم الشىء فى المكان الذى كان موجودا به وقت العقد أى أن مكان الوفاء يتحدد بمكان وجود الشىء وقت نشوء الالتزام بتسليمه على عاتق المدين بغض النظر عن مكان وجود هذا الشىء وقت وجوب الوفاء .

ومن تطبيقات ذلك ، ما نصت عليه المادة ٤٨٥ من مرشد الحيران بخصوص اداء الثمن فى البيع وجاء بها أنه « اذا كان مكان اداء الثمن معينا فى العقد » . كان التعيين صحيحا ولزم الأداء فيه اذا كان هذا الثمن مما له حمل ومؤونه . أما « اذا كان الثمن مما لا حمل له ولا مؤونه » كان هذا التعيين غير صحيح . وهناك يرى البعض أن الفقه الحنفى يجيز للبائع أن يطالب المشترى بالثمن أين شاء(٦) .

ومن التطبيقات أيضا ، ما جاء بمجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل بخصوص مكان الوفاء بالقرض . فقد نصت المادة ٧٤٣ من هذه المجلة على أنه « لا يجوز اشتراط القضاء ببلد آخر اذا كان القرض مما لحمله مؤونه أما اذا لم يكن لحملة مؤونه فيصح الشرط ، فلو أقرضه نقودا على أن يكتب له بها سفتجه أو يدفع مثلها نفقة لأهله فى بلد آخر جاز ولا يصح أن يأخذ عليها شيئا » . واذا كان لنا أن نستخلص من النص ،

---

(٦) راجع فى هذا الرأى صبحى محمصانى ، المرجع السابق صفحة ٤٤٨ وهامش رقم ٢١١ من نفس الصفحة .

راجع أيضا : سليم رستم باز شرح المجلة مشار اليه فيما سبق ، صفحة ١٤٨ وأما اذا شرط دفع الثمن فى محل كذا فلا يعتبر الشرط اذ الثمن للبائع فى أى محل وجده وان كان للثمن حمل ومئونة فالشرط حينئذ معتبر .

(٧) وقريب من ذلك أيضا ما جاءت به مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل من احكام تتعلق برد المغصوب اذ نصت المادة ١٣٧٨ على أنه « يجب على الغاصب رد المغصوب لمالكه فى المحل الذى غصبه فيه ان قدر عليه .... » ونصت المادة ١٣٨٠ على أنه « اذا نقل الغاصب المغصوب الى مكان آخر فطلب الغاصب منه رده الى مكان الغصب أو الى مكان فى بعض طريقه او ابقاءه بالمحل الذى نقله اليه لزم الغاصب ذلك ، ومهما اتفقا عليه من التسليم فى مكان آخر او من المعاوضة فى أجرة الرد صح » .

فانه يمكننا القــول بأن الأصل ان يكون الوفاء بالقرض فى مكان او بلــد الاقراض وينبنى على هــذا الأصل : أنه لا يجــوز ان يشترط فى القرض ان يتم الوفاء به فى بلــد آخر غير بلــد الاقراض(٧) الا أن النص فرق بين أمرين :

الأول : وفيه يكون القرض ممــا لحمله مؤونه ولم يجــوز الحنابلة الشرط المذكـــــور •

الثانى : وجــوز فيــه الحنابلة الشرط المشار اليه اذ لم يكن لحمل القرض مؤونه كما لو كان مبلغا نقــديا(٨) •

٣٢٧ ـ ثالثا ـ نفقــات الوفاء :

تكون نفقــات الوفاء فى الفقــه الاسلامى على المدين • وهــو ما أخــذ به المشرع فى المــادة ٤١٣ من القانون المدنى الكويتى والمــادة ٣٤٨ مدنى مصرى •

ومن تطبيقات ذلك عند الأحناف(٩) ما ذكرته المــادة ٢٨٨ من مجــلة الأحكام العــدلية وقــد نصت على أن « المؤونه المتعلقة بالثمن تلزم المشترى فيلزمه وحــده أجرة عــد النقــود ووزنها وما اشبه ذلك » •

ونصت المــادة ٢٨٩ ايضا على أن « المؤنه المتعلقة بتسليم المبيع تلزم البائع وحــده فأجرة الكيال للمكيلات والوازن للموزونات المبيعة تلزم البائع وحــده » ونصت المــادة ٢٩٠ من هــذه المجلة أيضا على أن « الأشياء المباعــة جزافا مؤنتها ومصاريفها على المشترى » •

وعند الحنابلة لا يختلف الأمر أيضا اذ المدين يتحمل نفقــاته الوفاء فقــد نصت المــادة ٣٤٥ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل

---

(٨) قارن عند الحنفية ، المــادة ٨٠٣ من مرشــد الحيران ونصها كالآتى :

« يجــوز الاستقراض ووفاء القرض فى بلد أخرى من غير اشتراط ذلك فى العقــد » •

(٩) نصت المادة ٤٦٦ من مرشــد الحيران على أن « المصاريف المتعلقة بالثمن كعــده ووزنه تلزم المشترى وحــده وكذلك مصاريف الجمل » ونصت المــادة ٤٦٧ على أن : « على البائع مصاريف التسليم كأجرة الكيل والوزن والقياس ونحــوه » • ونصت المادة ٤٦٨ على أن « أجرة كتابة السندات والحجج وصــكوك المبايعــات تلزم المشترى » •

(م • ٢٩٢) من مجلة الأحكام العــدلية •

على أن « مؤنة توفية الثمن على المشترى فعليه أجرة النقاد والعداد للثمن قبل القبض • أما لو أتى البائع بعد قبضه بنقاد ليتحقق المعيب أو الزائف ليرده فأجرته عليه ولا تلزم المشترى » •

ونصت المادة ٣٤٤ من هذه المجلة أيضا على أن « مؤنة توفية المبيع على البائع ٠٠٠٠ فتلزمه أجرة كيال ووزان وعداد وذراع فيما بيع على ذلك الوجه »(١٠) •

واذا كان الأصل فى الفقه الاسلامى كما رأينا أن نفقات الوفاء على المدين ، الا أن هناك حالات لا يلتزم فيها المدين بنفقة الوفاء • وهى حالات لا يكون المدين فيها ملتزما أصلا الا بتمكين صاحب الحق من القبض • من ذلك عند الأحناف ما نصت عليه المادة ٧٩٤ من مجلة الاحكام العدلية بخصوص نفقات رد الوديعة « يلزم رد الوديعة الى صاحبها اذا طلبها ومؤنة الرد والتسليم عائدة على المودع » • فالمودع وهو صاحب الوديعة والدائن بالتزام الوديع بردها ، يتحمل نفقات الرد حتى لو كان الوديع وهو المدين بالرد قد نقل الوديعة من محل الى آخر أو كان قد سافر بها الى موضع يجوز له السفر بها اليه ، كانت مؤنة الرد على صاحب الوديعة(١١) •

وعند الحنابلة ، نجد المادة ١٣٤٠ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل واضحة كل الوضوح فى هذا الخصوص • فقد نصت على أن « مؤونة رد الوديعة وحملها على مالكها وليس على الوديع الا تمكينه من أخذها » •

وعلى هذا النحو ، فالمدين عند الحنابلة ، لا يلتزم أصلا فى مثل هذه الحالة الا بتمكين الدائن من القبض •

---

(١٠) راجع أيضا ما نصت عليه مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل بخصوص نفقات رد المغصوب • اذ نصت المادة ١٣٧٩ على أن « مؤونة رد المغصوب على الغاصب ولو بلغت أضعاف قيمته ٠٠٠٠٠٠٠ » •

(١١) سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار اليه فيما سبق ، صفحة ٤٤٠ •

الفصل الثانى

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

٣٢٨ - تقسيم :

ذكرنا أن الالتزام يمكن أن ينقضى بعدة طرق أخرى غير الوفاء به • وقلنا أن من هذه الطرق ما يوفر للدائن ما كان يحصل عليه بالوفاء • وهذه الطرق هى الوفاء بمقابل والتجديد والإنابة فى الوفاء والمقاصة واتحاد الذمة • وعلى ذلك فانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء يعنى الانقضاء باحدى الطرق السابقة التى توفر للدائن ما كان يحصل عليه لو انقضى الالتزام بالوفاء •

وسوف ندرس هذه الطرق فى القانون المدنى ونخصص لكل منها مبحثا مستقلا • وننهى دراستنا لها بمبحث أخير نتناول فيه بعض هذه الطرق فى الفقه الاسلامى •

المبحث الأول

الوفاء بمقابل

DATION EN PAIEMENT

٣٢٩ - أولا - ماهية الوفاء بمقابل :

تناول المشرع المدنى ماهية الوفاء بمقابل ، فى المادة ٤١٤ من القانون المدنى الكويتى اذ قال : « اذا قبل الدائن فى استيفاء حقه شيئا آخر غير الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء »(١) ٠

وعلى ذلك يمكننا القول بأن الوفاء يكون بمقابل اذا رضى الدائن وهو بسبيل استيفاء حقه بشيء آخر غير الشيء المستحق أصلا ٠ والصورة الشائعة لذلك ان يكون المدين ملتزما بأداء مبلغ نقدى ويقدم شيئا آخر عوضا عنه كنقل ملكية شيء(٢) ٠

ويشترط لتحقيق الوفاء بمقابل شرطين اساسيين :

الشرط الأول - التراضى على الوفاء بمقابل :

وفحواه اتفاق طرفيه وهما الدائن والمدين ٠ فالدائن لا يجبر فى استيفاء حقه على قبول شيء آخر غير الشيء المستحق اصلا هذا من ناحية ، ومن ناحية آخرى فانه لا يمكن - وبنفس القدر - اجبار المدين على الوفاء بمقابل ٠

اما عن مضمون هذا التراضى ، فانه يتمثل فى وجوب اتفاق الطرفين على أن يكون المقابل الذى يستوفيه الدائن عوضا عن الأداء المستحق أصلا عبارة عن نقل ملكية شيء أو انشاء حق عينى آخر(٣) ٠ فلو قدم المدين

---

(١) راجع المادة ٣٥٠ من القانون المدنى المصرى ٠

(٢) SAVATIER : op. cit., n. 318, p. 386.

V. aussi : MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 590, n. 630.

MAZEAUD : op. cit., n. 890, p 884.

(٣) La dation en paie ment est subordonnee a un Transfert de propriete ou de droit reel

فى هذا المعنى : عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق رقم ٣٤٤ صفحة ٣٩٨ وقارن : محمد لبيب شنب ، المرجع السابق رقم ٣٧٤ صفحة ٣٧٢ ٠

عـوضا عن الأداء المستحق أصـلا وكان عبارة عن القيام بعمل - والفرض أنه ليس نقـل ملكية - أو كان عبارة عن دين فى ذمة الغير لأصبح الأمر خـارج نطـاق الوفاء بمقـابل • اذ الأمر يخص تجـديد الدين بتغيير محله فى للحـالة الأولى ويخص الحـوالة فى الحالة الثانية •

الشرط الثانى - استيفاء الدائن للمقـابل فـورا :

يجب أن يحصل الدائن على ما رضى به عـوضا عن الأداء المسـتحق أصلا • اذ لا يكفى تراضى الدائن والمدين على الوفاء بمقابل بالاتفـاق على نقـل ملكية شيء أو حـق عينى آخر الى هـذا الدائن ، بل يتعين تنفيذ هـذا الاتفاق فـورا • فاذا طرأ التأجيل على تنفيذه أصبحنا بصدد تجـديد للدين يتم بتغيير محله ولا نكون أمام وفاء بمقـابل ، وهى نتيجة نصـل اليها أيضا لو كان الشيء محـل الملكية شيئا مستقبلا(٤) •

٣٣٠ - ثانيا - التكييف القـانونى للوفاء بمقـابل :

يتنازع مسالة التكييف هـذه عـدة اتجاهات(٥) :

الاتجاه الأول - ويرى فى الوفاء بمقـابل تجـديدا للالتزام بتغيير المحـل :

Novation par changement d'objet

وهـو ما أخـذ به القـانون الألمـانى وفحـوى هـذا الاتجاه تتمثل فى أن الوفاء بمقـابل يكون - ابتداء - عبارة عن اتفـاق بين الدائن والمدين على تغيير المحل الأصلى للالتزام بمحـل آخر جـديد • وهـذا هـو التجـديد ويؤدى الى انقضاء الالتزام الأصلى بتأميناته وينشأ التزام جـديد يجب الوفاء به ويكون ذلك بتقـديم المدين لمقـابل آخر عـوضا عنـه(٦) •

ويكفينا فى عـدم قبـول هـذا التكييف أن تبرز اختـلافا فى المـاهية بين التجـديد والوفاء بمقـابل • فالتجـديد يؤدى الى انقضاء التزام قـديم ونشوء آخر جـديد محله ولم يبـق أمامنا سوى هـذا الالتزام بمحله الجـديد لا يمكن القـول بأن هـذه العملية تتضمن وفاء من قريب أو بعيد • كل ما هنالك أنه

---

(٤) MAZEAUD : op. cit.,

(٥) راجع فى بسط هـذه الاتجاهات :
MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 590, p. 630-632.
MAZEAUD : op. cit., n. 891-895, p. 884-886.

(٦) وهـذا الاتجاه ما أخذت به مذكرة المشروع التمهيدى للقـانون المدنى المصرى • راجع الأعمال التحضيرية جـ ٢ ، صفحة ٢٣٧ •

يتعين على المدين الوفاء بالالتزام الجديد . أما فى الوفاء بمقابل ، فانه لا يكفى فيه مجرد رضاء الدائن بالمقابل الجديد عوضا عن الأداء المستحق اصلا ، ولا يكفى فيه أيضا مجرد التزام المدين بتقديم هذا المقابل ، بل يتعين حصول الدائن عليه فعلا وهذا شرط أساسى فى الوفاء بمقابل ، لا شك يختلف به عن التجديد ويكفى فيه مجرد التزام المدين بالوفاء بالالتزام الذى نشأ جديدا دون الوفاء به فعلا . وقد أجمل الاستاذ مازو كل ما تقدم فى عبارة موجزة مؤداها : أنه ما دام هناك وفاء فلا يتصور الحديث عن نشوء التزام ثان جديد(٧) .

الاتجاه الثانى – ويرى فى الوفاء بمقابل بيعا تعقبه مقاصه :

فلو كان المدين ملتزما بدفع مبلغ نقدى أصلا وتعذر عليه أداء المبلغ وقدم بدلا منه ملكية شىء وقبل الدائن ، كان ذلك وفاء بمقابل الا أنه يعنى فى نفس الوقت أن المدين قد باع للدائن شيئا بثمن يعادل قيمة الدين الأصلى . ثم تقع مقاصة بين هذا الثمن الذى يستحقه المدين لقاء ما باع من ناحية والدين الذى يستحقه الدائن من ناحية أخرى . وينقضى كلاهما بها .

وتقديرى أن هذا الاتجاه لا يمكن قبوله نظرا لأنه يترتب نتيجة لا تقنع احدا . اذ يضيق من يطاق الوفاء بمقابل ويحصره فى حالة ما اذا كان الالتزام الأصلى فى ذمة المدين يتمثل محله فى مبلغ نقدى . فهو الفرض الوحيد الذى يمكن القول فيه بأن الوفاء بمقابل يعد بيعا . صحيح انه الصورة الشائعة للوفاء بمقابل لكنه ليس الصورة الوحيدة . فلو فرضنا أن المدين ملتزم أصلا بالقيام بعمل واتفق مع الدائن على الوفاء بمقابل بتقديم ملكية شىء ، ففى هذا الفرض يستحيل تكييف الوفاء بمقابل على أنه بيع . وعلة ذلك ترجع ببساطة الى انعدام ركن أساسى فى البيع وهو الثمن النقدى(٨) .

الاتجاه الثالث :

ويرى فى الوفاء بمقابل مزيجا من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية . وهو ما اخذ به – على ما يبدو لنا – المشرع المدنى الكويتى فقد

---

(٧) MAZEAUD : op. cit., n. 892, p. 885.

راجع فى نقد هذا الاتجاه أيضا : عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق رقم ٣٤٦ ص ٣٩٩

(٨) فى هذا المعنى ، عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، رقم ٣٤٦ ، صفحة ٤٠٠

راجع فى نقد هذا الاتجاه أيضا : السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، فم ٢٤٧٨ ، ٨٠٢ .

جاء في المذكرة الايضاحية لمشروع هـذا القانون انه « ويترتب على الوفاء بمقابل نقـل ملكية شيء من ذمة المدين الى ذمة الدائن وفاء لالتزام سـابق بينهما فهو بهـذه المثابة تجـديد بتغيير الالتزام يتبعـه ويمتزج به للوفاء بالالتزام الجديد على الفـور »(٩) ٠

٣٣١ ـ ثالثا ـ آثار الوفاء بمقـابل :

نص التقنين المدنى الكويتى فى المـادة ٤١٥ (م٠ ٣٥١ مدنى مصرى) على احكام تهيمن على الوفاء بمقـابل فى انتاجـه لآثاره والنص كالآتى « يسرى على الوفاء بمقـابل من حيث انه ينقـل ملكية الشيء الذى أعطى فى الدين ، أحكام البيع ، وعلى الأخص ما يتعلق منها باهلية المتعاقـدين وضمان الاستحقاق وضمان العيـوب الخفية ٠ ويسرى عليه من حيث انه يقضى الدين أحكام الوفاء وبالأخص ما تعلق منها بتعيين الخصم فى الوفاء من الديون المتعـددة وبانقضاء التامينات » ٠

والمعنى الواضح للنص ، يؤدى بنـا الى القـول ان المشرع وهـو يتناول احكام الوفاء بمقـابل ، قـد اخـذ فى اعتباره ، وفى المقـام الأول ، ان المقـابل يجب أن يكون نقـل ملكية شيء أو أى حـق عينى آخر كالانتفاع ومن هـذه الناحية فان الأثر الجـوهرى لتمام الوفاء بمقـابل هـو انتقال ملكية الشيء ـ المقـدم من المدين عـوضا عن الأداء الأصلى ـ الى الدائن ٠ ومن هنا فانه يخضع لأحكام البيع ، وفى المقـام الثانى ، وعلى اساس أن تحقيق الأثر السابق وهـو حصـول الدائن فعـلا على المقـابل عـوضا عن الأداء الأصلى وذلك بانتقـال ملكية الشيء اليه ممـا يعنى انقضاء الالتزام الأصلى ، فان الوفاء بمقـابل يخضع على هـذا النحـو لأحكام الوفاء ٠

ومن ناحية خضوع الوفاء بمقـابل لأحكام البيع :

فانه ومحـور ذلك انتقال ملكية الشيء الى الدائن ، يمكننا أن نتصـور الاثار الآتيـة :

(أ) يحكم العلاقة بين الدين الذى قـدم الشيء عـوضا عن الأداء الأصلى من ناحية والدائن الذى استوفى العوض بانتقال ملكية الشيء اليه ، احكام ضمان الاستحقاق بين البائع والمشترى ٠ وعليه ، فـلو استحق الشيء من يد الدائن نتيجة التعرض القانونى له بادعاء الغير ان له حقا عليه ، كان له ـ كما لو كان مشتريا ـ الرجوع على المدين

---

(٩) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى صفحة ٢٠٠ ٠

بالتعـويض كما لو كان بائعا ، وفقا لأحكام هـذا النوع من الضمان التى نص عليهـا المشرع فى المواد ٤٨٢ ـ ٤٨٥ من القانون المدنى الكويتى(١٠) ٠

ويلاحظ بالنسبة لفرض الاستحقاق الذى نعالجه أن الدائن وقـد استحق منه الشىء لا يمكنـــه أن يطالب المدين بالدين مرة أخرى ٠ اذ الدين قـد انقضى ، هـذا من ناحية ، كما لا يمكنه من ناحية أخرى المطالبة بنفس الشىء اذ يستحيل على المدين أن يرده اليه وهو مملوك للغير ٠ لذا قلنا أن الدائن لا يرجع على المدين الا بتعـــويض ٠

(ب) تحكم العلاقة بين المدين والدائن ما ينظم علاقة البائع والمشترى بخصوص ضمان العيوب الخفية فلو ظهر من الشىء الذى رضى به الدائن مقـابل عيب خفى كان له أن يرجـع بضمان العيوب الخفية وفقا لأحكام المـادة ٤٨٩ من القانون المدنى الكويتى وما بعدها(١١) ٠

أما من ناحية خضوع الوفاء بمقـابل لأحكام الوفاء :

فانه ، وأساس ذلك ، انقضاء الدين الأصلى بالوفاء بالمقـابل الجـديد ، يمكننا أن نحـدد النتائج التالية :

(أ) تنقضى التأمينات التى كانت تضمن الدين الأصلى الذى انقضى بتمام الوفاء بمقـابل اذ الفرع يتبع الأصـل ٠

(ب) اذا تعـددت الديون فى ذمة المدين والدائن واحـد وكان ما قـدمه لا يكفى بالوفاء بها جميعا ، فان تعيين الدين الذى تم الوفاء به يكون وفقـا للقواعـد التى بحثناها من قبل فى هـذا الخصوص ونحن نتكلم عن الوفاء باعتباره سببا لانقضاء الالتزام ٠

---

(١٠) راجع احكام ضمان الاستحقاق فى البيع ، فى القانون المدنى المصرى : المواد ٤٣٩ ـ ٤٤٦ ٠

(١١) راجع احكام ضمان العيوب الخفية فى البيع ، فى القانون المدنى المصرى : المواد ٤٤٧ ـ ٤٥٠ ٠

٣٣٢ - الوفاء بمقابل فى مشروع القانون المدنى المصرى الجديد :

فى تعريف الوفاء بمقابل ، نصت المادة ٣٣٩ من المشروع على انه « اذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشىء المستحق قام هذا مقام الوفاء » ٠

وهذه المادة تطابق المادة ٣٥٠ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق ايضا المادة ٤١٤ من القانون المدنى الكويتى ٠

وفى آثار الوفاء بمقابل وخضوعه لأحكام البيع والوفاء نصت المادة ٣٤٠ من المشروع على ما ياتى : « يسرى على الوفاء بمقابل من حيث انه ينقل ملكية شىء أعطى فى مقابله الدين ، أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية ٠ ويسرى عليه من حيث انه يقضى الدين أحكام الوفاء ، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات » ٠

والمادة المقترحة هذه تطابق المادة ٣٥١ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ مع استبدال عبارة « من حيث انه ينقل ملكية شىء » بعبارة « فيما اذا كان ينقل ملكية شىء » الواردة فى ذلك النص المدنى المصرى الحالى ٠ وفوق ذلك فهذه المادة المقترحة انما تطابق المادة ٤١٥ من القانون المدنى الكويتى ٠

المبحث الثانى
التجـــديد

٣٣٣ ـ ماهيــة التجـديد[1] :

التجـديد هـو استبدال دين جـديد بآخر قـديم أو هـو احلال دين جـديد محـل دين آخر قـديم يختلف عنه اما فى أحـد الأطراف أو المصـدر أو المحـل فالتجـديد بعبارة وجيزة اتفـاق ينقضى به دين وينشأ بمقتضاه آخر يحـل محـل الأول ويختلف عنه فى عنصر من عناصره الأساسية ٠

والتجـديد على هـذا النحـو المتقـدم ، اما ان يكون شخصيا او موضوعيا ويكون التجـديد شخصيا اذا كان بتغيير احـد طرفى الالتزام الدائن او المدين دون أن يشمل هـذا التغيير محـل الالتزام أو مصـــدره ٠ ويكون التجـديد موضوعيا اذا كان بتغيير محـل الالتزام او مصـدره مـع بقـاء طرفيه دون تغيير ٠

٣٣٤ ـ مقـــومات التجـــديد :

لكى يتحقق التجـديد لابد من توافر المقـومات الآتية :

٣٣٥ ـ اولا ـ الاتفـاق على التجـديد :

لا يقـوم التجـديد الا باتفـاق اطرافه من ذوى الشأن ٠ وفى الواقـع ، فان تحـديد أطراف التجـديد ، ويعتبر اتفـاقهم ضروريا لقيامه ، مسألة تختلف فى تحـديدها تبعـا لنوعيـة التجـديد[2] ٠

---

(١) راجع : السنهورى ، الوسيط ، جـ ٣ ، رقم ٤٨٤ ، صفحة ٨١٣ ٠
راجع ايضا :
CARBONNIER : op. cit., n. 135, p. 529.
MAZEAUD : op cit., n. 1208, p. 1111.
SAVATIER : op. cit., n. 271. p 332.

(٢)
V. CARBONNIER : op. cit., n. 135, p. 530 La novation subjective- La novation objective.

١ ـ التجـديد الشخصى :

ويكون بتغيير أحـد طرفى الالتزام القـديم ، الدائن أو المدين ، وهـذا يفترض بطبيعة الحال دخـول شخص أجنبى اما باعتباره دائنا أو باعتباره مدينا وفى هـذه الصـورة لا يقـوم التجـديد ـ ابتداء ـ الا باتفاق طرفى الالتزام القـديم اضافة الى الشخص الأجنبى وذلك على التفصيل الآتى لفروض متعـددة للتجـديد الشخصى ٠

(أ) اذا كان التجـديد بتغيير الدائن :

بأن يتفق على تغيير شخص الدائن بحيث يكون الدائن فى الالتزام الجديد غيره فى الالتزام القـديم فان تجـديدا مثل هـذا لا يقـوم الا باتفاق اطراف ثلاثة هم : للدائن والمدين فى الالتزام القـديم اضافة للى الدائن الجـديد ٠ ونصت على هـذا الحكم المـادة ٢/٤١٦ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ٣٥٢ ثالثا مدنى مصرى) ٠

(ب) اذا كان التجـديد بتغيير المدين :

بأن يتفق على تغيير المدين بحيث يكون المدين فى الالتزام الجـديد غيره فى القـديم ، فان اتفـاقا على مثل هـذا التجـديد يمكن أن يتم باتفاق أطراف ثلاثة هم : الدائن والمدين فى الالتزام القـديم اضافة الى المدين الجـديد ، كما يمكن أن يتم أيضا باتفاق شخصين فقط هما الدائن فى الالتزام القـديم والمدين الجـديد ٠ ونصت على ذلك المـادة ٢/٤١٦ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ٣٥٢ ثانيا مدنى مصرى) ٠

٢ ـ التجـديد الموضـوعى :

ويكون بتغيير محـل الالتزام او مصـدره ومثال الأول أن يكون الالتزام القـديم بتسليم بضاعة والجـديد بدفـع مبلغ نقـدى[٣] ٠ ومثال الثانى اتفـاق المؤجر مـع المستأجر على ان يستبقى الأخير الأجرة المستحقة عليـه على سبيل القرض ويصير التزامه بأداء هـذا المبلغ مصـدره عقـد القرض لا الايجـار[٤] ٠

---

(٣) MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 838, p. 842.

(٤) MAZEAUD : op. cit., n .1222, p. 1116.

وتجدر الاشارة الى ان التجديد يخضع ـ باعتباره عقدا ـ للقواعد العامة فى ابرام العقود من حيث أركان الانعقاد وتوافر شروط الصحة ٠

٣٣٦ ـ ثانيا ـ حلول التزام جديد محل الالتزام قديم يختلف عنه فى عنصر اساسى :

لا يكفى تراضى او اتفاق ذوى الشأن على التجديد حتى يقوم ، بل يتعين فوق ذلك أن ينشأ التزام جديد يكون مغايرا للالتزام القديم فى عنصر الأساسية وهى الأطراف أو المحل أو المصدر على نحو ما فصلنا من قبل ٠ وعلى ذلك ، لا يوجد تجديد اذا جاء التغيير بعيدا عن العناصر الجوهرية المذكورة بأن شمل عناصر ثانوية مثل زمان الوفاء أو مكانه(٥) ٠

وحلول الالتزام الجديد محل القديم يفترض بالضرورة وجود الأخير ٠ وعلى ذلك فانه لو كان الالتزام القديم باطلا مطلقا أو قابلا للابطال وتقرر ابطاله فمن من غير المتصور وجود التجديد ، وهذا ما نصت عليه المادة ٤١٧ مدنى كويتى (م ٠ ٣٥٣ مدنى مصرى) ٠

٣٣٧ ـ ثالثا ـ نية التجديد : L'intention de nover.

على اساس أن التجديد يعد عقدا على ما ذكرنا ، فانه يستوجب ان تتوافر لدى طرفيه النية عليه وبصورة واضحة ٠ ونية التجديد تعنى توافر القصد لدى أطرافه على انقضاء التزام قديم واحلال آخر جديد محله باتجاه الارادة الى ذلك وهذا يعنى بطبيعة الحال أن التجديد لا يمكن أن يفترض(٦) ، وان من الممكن أن يكون ضمنيا اذ ليس من الضرورى أن يكون صريحا ٠

والتجديد اذ يكون ضمنيا فانه يستخلص من ظروف يجب أن يكون واضحة ٠ وقد نصت على ذلك المادة ٤١٨ من القانون المدنى الكويتى بقولها « التجديد لا يفترض بل يجب ان يتفق عليه صراحة أو يستخلص بوضوح من الظروف ٠ وهو ما نصت عليه أيضا المادة ٣٥٤ من القانون المدنى المصرى فى فقرتها الأولى بينما اضافت فى فقرتها الثانية تأكيدا لما تقدم « وبوجه خاص لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما

---

(٥) راجع المادة ٢/٣٥٤ مدنى مصرى ٠

(٦) (6) MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 839, p. 843.

يحـدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول الا زمان الوفاء او مكانه او كيفيته ، ولا مـا يدخـل على الالتزام من تعـديل لا يتناول الا التامينات ٠٠٠٠ ما لم يوجـد اتفـاق يقضى بغير ذلك » ٠

٣٣٨ ـ آثار التجـديد :

يترتب على التجـديد انقضاء الالتزام القـديم ونشوء الالتزام الجـديد وقـد نصت على ذلك المـادة ٤١٩ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ١/٣٥٦ مدنى مصرى) ٠ وعلى ذلك يمكننـا القـول بأن للتجـديد اثرين(٧) أحـدهما مسقط والآخر منشىء ٠

٣٣٩ ـ الأثر المسقط : L'effet extinctif

تقرر المـادة ١/٤١٩ من القـانون المدنى الكويتى (م٠ ١/٣٥٦ مدنى مصرى) القاعـدة فى هـذا الشأن ٠ وحسبما تقرر ، فان الأثر المسقط يتمثل ـ وهـو يلحق الالتزام القـديم ـ فى انقضاء هـذا الالتزام وتوابعـه ومنها ما كان يضمنه من تأمينات ٠ وعليـه فلو كان الدين الذى انقضى مضمونا برهن او كفالة ، فأنها تنقضى أو تسقط تبعـا لانقضاء الدين ، ولازم ذلك بطبيعة الحال انه ليس فى مكنة الدائن بالالتزام الجـديد الاستفادة منها ٠

واستثناء على القاعـدة السابقة ، أجاز المشرع المدنى الكويتى فى الفقرة الثانية من النص السابق ، انتقال ما كان يضمن الالتزام القـديم من تامينات الى الالتزام الجـديد شريطة وجـود نص قانونى على ذلك أو اذا تبين ان النية قـد انصرفت اليه أى بالاتفاق ٠ وهـو الحكم الذى نصت عليه الفقرة الثانية من المـادة ٣٥٦ من القانون المدنى المصرى مـع اختلاف فى الصياغة ٠

وفى بيان احكام انتقال هـذه التامينات ، اتخـذ المشرع الكويتى مسلكا فرق به بين انتقال التامينات العينية وبين انتقال التأمينات الشخصية ٠ واورد حكم انتقال التأمينات العينية فى نص واحـد هـو نص المـادة ٤٢٠ سـواء كان منها ما قـدمه المدين أو غيره ، ويختلف ـ بهـذا المسلك ـ عن المشرع المدنى المصرى الذى خص المـادة ٣٥٧ بحكم انتقال التامين العينى المقـدم من المدين وأورد فى المـادة ٣٥٨ حكما يخص انتقال التأمينات المقـدمة من غير المدين سواء كانت عينية أو شخصية ٠

---

(7) CARBONNIER : op .cit., n. 135, p. 352.

اولا - حكم انتقال التامينات العينية (م ٤٢٠ مدنى كويتى) :

نفرق بين ما اذا كانت مقـدمة من المدين أو غيره :

١ - اذا كانت مقـدمة من المدين :

نفرق أيضا بين احتمالات ثلاثة :

(أ) أن يكون التجـديد بتغيير الدين وفيـه تنتقل التامينات الى الدين الجـديد شريطة الا يؤثر ذلك على حقـوق الغير · ويتأتى تاثر الغير فى حقـوقه لو اتفق الدائن والمدين على انتقال التأمين العينى لضمان الدين الجـديد بقيمة تزيد على قيمة الدين القـديم اذ الاتفاق بخصوص امتداد الضمان الى القـدر الزائد من الدين الجـديد لا ينفـذ فى مواجهة الغير حتى لا يضار · والغير هـو كل دائن آخر يكون دينه مضمونا بحـق عينى على التأمين المقـدم ضمانا للدين القـديم متى كان تاليـا له فى المرتبة(٨) ·

(ب) أن يكون التجـديد بتغيير المدين ، وفيـه يجـوز للدائن والمدين الجـديد الاتفاق على استبقاء التأمين بغير رضاء المدين الأصلى ويبقى التأمين على حالة يثقـل العين المقـدمة منه ، ويعتبر فى هـذه الحالة بمثابة الكفيل العينى للدين الجـديد ·

(جـ) اما اذا كان التجـديد بتغيير الدائن فيصير الاتفـاق بين أطراف التجـديد ثلاثتهم على انتقال التأمينات ·

(د) اذا كانت التامينات العينية مقـدمة من سـوى المدين فانها لا تنتقل الى الدين الجـديد الا بموافقـة من قـدم هـذه التأمينات وبشرط الا يضر ذلك بحقـوق الغير ·

ويلاحظ أن الاتفاق على انتقال التامينات العينية الى الدين الجـديد لا ينفـذ فى حـق الغـير الا اذا كان هـذا الاتفـاق معاصرا وقت الاتفـاق على التجـديد · ويسرى هـذا الشرط سواء كانت هـذه التأمينات مقـدمة من المدين او من سـواه · فاذا كان الاتفاق على انتقال التأمينات لاحقا للاتفاق على

---

(٨) انظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي ، مشار اليها من قبل ، ص ٢٠١ ·

التجـديد كان معنى ذلك ان الاتفاق على التجـديد قـد تم مجردا من انتقـال التامينات ومن ثم فانها تنقضى بانقضاء الدين القـديم (م٠ ٤٢/٣ مدنى كـويتى) ٠

ثانيا – حكم انتقـال التأمينات الشخصية :

يقضى نص المـادة ٤٢١ مدنى كويتى بعـدم انتقال التأمينات الشخصية او التضامن الى الدين الجـديد الا برضاء الكفيل أو المدين المتضامن ويترتب على ذلك القـول بأنه لو كان الدين القـديم مضمونا بكفالة شخصيه فانها لا تضمن الدين الجـديد الا برضاء الكفيل وما ينبغى أن يلاحظ هنا ، أن انتقال الكفالة الشخصية او التضامن الى الدين الجـديد – وعلى النحـو المتقـدم ذكره – انمـا ينفـذ فى مواجهة الغير ، وعلى خـلاف الاتفاق على انتقال التأمينات العينية ، دون أن يشترط معاصرته للاتفاق على التجـديد ٠ ومن ثم فانه يتصـور – وعند حصول التجـديد – رضاء الكفيل الشخصى او المدين المتضامن بالانتقال المذكور ٠ كما يتصور هـذا الرضاء لاحقا لهـذا التجـديد وفى الحالة الاخيرة يمكن الاتفاق على أثر رجعى له ٠

٣٤٠ – الأثر المنشىء : L'effet créateur

يترتب على اتفـاق ذوى الشأن على التجـديد بتوافر ما عرضـنا من مقـومات هى لازمة لذلك وباتباع الأحكام المقررة فى هـذا الشأن ، نشوء التزام جـديد يحـل محـل الالتزام القـديم الذى انقضى ٠ ويلاحظ أن انقضاء الالتزام القـديم يرتبط به نشوء الالتزام الجـديد[٩] ٠ وهـذ مقتضى التجـديد وجوهره اذ لا ينشأ الالتزام الجـديد الا بانقضاء الالتزام القـديم وانقضاء القـديم يستوجب نشوء الجـديد ٠

ويلاحظ أن الالتزام الجـديد له مقـوماته الذاتية[١٠] ومن ثم يختلف عن الالتزام القـديم ٠ اذ لابد أن يختلف عنه فى عنصر من عناصره الأساسية على ما ذكرنا من قبـل ٠

والالتزام الجـديد له مقـوماته الذاتية يعنى ان له صفاته ودفـوعه وتأميناته ٠ فالالتزام الجـديد لا يكون الا عقـديا بغض النظر عن القـديم

---

(٩) MAZEAUD : op. cit , n. 1229, p 1118.

(١٠) السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٥٨ ، صفحة ٨٤٣ ٠

كذلك فقد عرضنا للتامينات وقلنا أن تامينات الدين القديم تنقضى معه أصلا الا اذا اتفق على انتقالها وفقا لأحكام المادتين ٤٢٠ ، ٤٢١ من القانون المدنى الكويتى على ما ذكرنا من قبل · وعليه فانه بمكن أن نتصور الالتزام الجديد بتامينات أو بدون تامينات · كذلك فأنه فيما يتعلق بالدفوع ، الأصل ان للالتزام الجديد دفوعه المستقلة · ذلك أن دفوع الالتزام القديم تنقضى معه ولا تنتقل الى الالتزام الجديد · وتظهر جلية أهمية ذلك لو كان الجديد شخصيا وتم بتغير الدائن · اذ لا يجوز للمدين التمسك فى مواجهة الدائن الجديد بما كان له من دفوع فى مواجهة الدائن القديم[11] ·

٣٤١ ـ احكام التجديد فى المشروع المصرى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية :

أولا ـ ففى التجديد ومقوماته وأنواعه ، نصت المادة ٣٤١ من المشروع على ما يأتى : « يتجدد الالتزام » :

أولا ـ بتغيير الدين اذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاما جديدا يختلف عنه فى محله أو مصدره ·

ثانيا ـ بتغيير المدين اذا اتفق الدائن مع أجنبى على أن يكون هذا الأجنبى مدينا مكان المدين الأصلى ، وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة لرضائه ، أو اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى قبل أن يكون هو المدين الجديد ·

ثالثا ـ بتغيير الدائن اذا اتفق الدائن والمدين وأجنبى على ان يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد ·

والنص كما هو واضح ، يتكلم عن التجديد الموضوعى بتغيير محل الالتزام أو مصدره ، كما يتناول ايضا التجديد الشخصى ، أما بتغيير المدين ، واما بتغيير الدائن · وقد عرضنا لذلك فيما سبق ، وهذه المادة المقترحة تطابق المادة ٣٥٢ من القانون المدنى المصرى الحالى كما تطابق ايضا المادة ٤١٦ من القانون المدنى الكويتى ·

---

(١١) CARBONNIER : op. cit., n. 135, p. 533.

ثانيا – وفى شروط التجديد ، نصت المادة ٣٤٢ من المشروع على أنه :

« ١ – لا يتم التجديد الا اذا كان الالتزام القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان ٠

٢ – أما اذا كان الالتزام القديم قد نشأ عن عقد موقوف ، فلا يكون التجديد صحيحا الا اذا قصد بالالتزام الجديد اجازة العقد وان يحل محله » ٠

والمادة تطابق المادة ٣٥٣ من القانون المدنى المصرى الحالى مع استبدال عبارة « عقد موقوف » الواردة بالمادة المقترحة بعبارة « عقد قابل للابطال » الواردة فى النص المدنى المصرى الحالى ٠ لأن المشروع أخذ بفكرة العقد الموقوف بدلا من فكرة العقد القابل للابطال ٠

ثالثا – وقد تناول المشروع آثار التجديد فى ثلاث مواد :

الأولى : المادة ٣٤٥ ونصها كالآتى :

« ١ – يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلى بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد ٠

٢ – ولا تنتقل الى الالتزام الجديد التأمينات التى كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلى الا بنص فى القانون أو اذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت الى ذلك » وهذه المادة تطابق المادة ٣٥٦ من القانون المدنى المصرى الحالى كما تطابق المادة ٤١٩ من القانون المدنى الكويتى ٠

الثانية : المادة ٣٤٦ ونصها كالآتى :

« ١ – اذا كان تامينات عينية قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلى فان الاتفاق على نقل هذه التأمينات الى الالتزام الجديد تراعى فيه الاحكام التاليـــة :

(أ) اذا كان التجديد بتغيير الدين جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات الى الالتزام الجديد فى الحدود التى لا تلحق ضررا بالغير ٠

(ب) اذا كان التجـديد بتغيير المدين ، جاز للدائن والمدين الجـديد أن يتفقا على استيفاء التامينات دون حاجـة الى رضـاء المدين القـديم .

(جـ) اذا كان التجـديد بتغيير الدائن جاز للمتعاقـدين ثلاثتهم ان يتفقوا على استيفاء التأمينات .

٢ ـ ولا يكون الاتفاق على نقـل التأمينات نافـذا فى حـق الغير الا اذا تم مـع التجـديد فى وقت واحـد ، وهـذا مـع مراعاة الاحكام المتعلقـــة بالتسـجيل » .

وهـذه المـادة المقترحة تقـابل المـادة ٣٥٧ من القانون المدنى المصرى الحالى وتطابق المـادة ٤٢٠ من القانون المدنى الكويتى . وقـد نبهنا من قبـل الى أن القانون المدنى الكويتى قـد أورد حكم انتقال التأمينات العينية بصـفة عامة ، سـواء كانت مقـدمة من المدين أو غيره ، فى نص واحـد هـو نص المـادة ٥٢٠ . بخـلاف القانون المدنى المصرى الحالى كما أوضحنا من قبـل . ويكون ذلك النص المقترح من المشروع قـد جاء على نهج هـذا النص الكويتى . وفى الحقيقة ، فان المـادة المقترحه سالفة الذكر انما تقـابل حكم المـادة ٤١٧ من القانون المدنى الكويتى ونصها كالآتى :

« اذا كان احـد الالتزامين الأصلى أو الجـديد باطـلا فان التجـديد لا يقـع » ويهمنا هنا أن نبرز ما جاء بالمشروع تعليقا على المـادة المقترحة المشار اليها من أنها « تطـابق فى حكمها المـادة ٤٢٠ من التقنين المدنى الكويتى » وهـذا غير صحيح ويستوجب اعـادة النظر .

وفى شروط التجـديد ايضا ، تكلمت المـادة ٣٤٣ من المشروع عن نيـة التجـديد ، ويجرى نصها على النحـو التالى :

« ١ ــ التجـديد لا يفترض ، بل يجب ان يتفق عليـه صراحة ، أو أن يستخلص بوضـوح من الظروف .

٢ ــ وبوجـه خاص لا يستفاد التجـديد من كتابة سند بدين موجـود قبـل ذلك ، ولا ممـا يحـدث فى الالتزام من تغير لا يتناول الا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته ، ولا ممـا يدخـل على الالتزام من تعـديل لا يتناول الا التأمينات ، ما لم يوجـد اتفاق يقضى بغيره » .

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣٥٤ من القانون المدنى المصرى الحـالى مـع حـذف عبارة « أو سـعر الفائدة » التى وردت فى الفقرة الثانية من الأخيرة

بعـد عبارة « الا التامينات » ، ذلك جريا على أحكام الشريعة الاسلامية فى تحريم الفـوائد الربوية ٠

وهـذه المـادة تطابق فى فقرتها الأولى المـادة ٤١٨ من القانون المدنى الكويتى وتنص على أن « التجـديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو يستخلص بوضـوح من الظروف » ٠

الثالثة : المـادة ٣٤٧ ونصها كالآتى :

« لا ينتقل الى الالتزام الجـديد الكفالة عينية كانت أو شخصية ولا التضامن الا اذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون » ٠

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣٥٨ من القانون المدنى الحالى كما تطابق ايضا الفقرة الثانية من المـادة ٤٢٠ اضافة الى المـادة ٤٢١ من القانون المدنى الكويتى ٠

والفقرة الثانية المذكورة نصها كالآتى : « فاذا كانت التامينات العينية مقـدمة من أجنبى فلا يتم انتقالها الا برضاء من قـدمها أيضا » أما المـادة ٤٢١ فنصها كالآتى : « لا ينتقل الى الالتزام الجـديد الكفالة الشخصية أو التضامن الا اذا رضى بذلك الكفلاء أو المدينون المتضامنون » ٠

المبحث الثالث

الانابة فى الوفاء

La Delégation

٣٤٢ ـ تعريف لانابة :

تتناول المشرع المدنى ماهيـة الانابة فى المـادة ٤٢٢ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ٣٥٩ مدنى مصرى) فقـد نصت الفقرة الأولى من هـذا النص على ما يأتى :

« تتم الانابة اذا اتفق المدين وأجنبى على أن يقـوم بوفاء الدين معـه او مكانه » اما الفقرة الثانية فنصها كالآتى :

« على أنه يلزم لبراءة ذمة المدين الأصلى موافقة الدائن » ٠

ومن النص السابق بفقرتيه يمكن القـول بأن النيابة عبارة عن اتفـاق يقـدم بمقتضاه المدين لدائنه ـ وبموافقته ـ مدينا جـديدا يقـوم بالوفاء[١٢] ٠

وبعبارة أخرى فانه يمكننا تعريف الانابة و الوفاء بأنها عبارة عن اتفاق بين دائن ومدين وأجنبى يتعهـد بمقتضاه الاخير بوفاء الدين للدائن عن المدين او بدلا منه ٠

وأطراف الاتفاق ثلاثة أشخاص : المدين الأصلى ويسمى المنيب le délégant المدين الجـديد ويسمى المناب Le déléataire الدائن ويسمى المناب لديه Le délégué

والغالب أن المناب يرضى بوفاء الدين عن المدين أو مكانه لان هناك علاقة مديونية سابقة ـ هـو مدين فيها ـ تربطه المنيب ٠ مثال ذلك (أ) مدين بمبلغ ١٠٠٠٠ ريال ، (ب) هـو الدائن ٠ وهنـاك شخص آخر (ج) دائن بمبلغ ١٠٠٠٠ ريال والمدين هـو (ب) ٠ فيتفق هـؤلاء الأشخاص ثلاثتهم على أن

SAVATIER : op. cit., n. 275, p. 334.

يقـوم (أ) عن (ب) بوفاء الدين مباشرة للدائن (جـ) ويترتب على ذلك براءة ذمة (ب) في مواجهـــة (جـ) وفي نفس الوقت تبرأ ذمة (أ) في مواجهـــة (ب) •

ولكن يلاحظ انه يتصور رضاء المناب وفاء الدين عن المدين أو مكانه دون أن تربطـه به علاقة مديونية ســابقة • فهـذه العلاقة ليست شرطا لا تقـوم الانابة دونه ونصت على ذلك الفقرة الثالثة من المـادة ٤٢٢ مدنى كويتى (م· ٢/٣٥٩ مدنى مصرى) اذ قالت : « ولا تقتضى الانابة أن تكون هناك مديونية سابقة بين المدين والأجنبى » •

٣٤٣ ـ نوعـا الانابة :

ذكرنا أن مقتضى الانابة في الوفاء تعهـد شخص أجنبى (المناب) بالوفاء للدائن (المناب لديه) عن المدين (المنيب) • وقـد يبقى المنيب مسئولا عن الدين مـع المناب أمام المناب لديه وهـذه صـورة للانابة ، وقـد يتفق على براءة ذمة المنيب ليكون المناب وحـده مسئولا عن الدين وهـذه صورة أخرى •

فاذا اتفق على بقـاء المنيب مسئولا عن الدين مـع المناب في مواجهـــة المناب لديه كانت الانابة ناقصـــــة délégation imparfeite
أما اذا اتفق على براءة ذمة المنيب ممـا يعنى بقـاء المناب وذمته وحـده مشغولة بالدين كانت الانابة كاملة • délégation parafaite.

والفارق واضح بين النـوعين ففى الانابة الكاملة ينقضى الالتزام الأصلى ومن ثم تبرأ منه ذمة المنيب وينشأ على عاتق المناب التزام جـديد يتعين عليه الوفاء به للمناب لديه ولذلك تعـد هـذه الانابة تجـديدا بتغيير شـــــخص المدين[١٣] •ولذا فان الاتفـاق عليها يجب أن يكون صريحا ونصت على ذلك الفقرة الأولى من المـادة ٤٢٣ من القانون المدنى الكويتى (م· ١/٣٦٠ مدنى مصرى) اذ قالت : « اذا كان مقتضى الانابة أن يحـل التزام المناب مكان التزام المنيب اعتبر ذلك تجـديدا للالتزام بتغيير المدين ويترتب عليه براءة ذمة المنيب قبـل المناب لديه » •

MAZEAUD : op. cit., n. 1238, p. 1127.
SAVATIER : op. cit.,

أما فى الانابة الناقصة ، فلا ينقضى الالتزام الأصلى ومن ثم تبقى ذمة المنيب مشغولة بالدين لا تبرأ ، كل ما هنالك انها ترتب نشوء التزام جديد يقوم الى جانب الالتزام الأصلى ٠ لذا فهى لا تنطوى على تجديد بخلاف الانابة الكاملة ٠

ويجدر بنا أن نشير الى أن الانابة تكون ناقصة دائما الا اذا كان الاتفاق على الانابة صريحا فى اتجاه ارادة الأطراف بوضوح الى الانابه الكاملة ٠ ونصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة ٤٢٣ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ٢/٣٦٠ مدنى مصرى) ٠ اذ قالت : « لا يفترض التجديد فى الانابة ، فاذا لم يكن هناك اتفاق صريح على التجديد قام الالتزام الجديد الى جانب الالتزام الأول » ٠

وعلى الرغم مما تقدم ، تتفق الانابة الكاملة والناقصة فى فكرة واحدة تنبنى عليها الانابه بصفة عامة ومؤداها : ان التزام المناب يعد التزاما مجردا عن سببه أى عن العلاقة التى تربطه بالمنيب(١٠) ٠ ولازم ذلك بطبيعة الحال ان التزام المناب يكون صحيحا بغض النظر عن التزام المنيب وما اذا كان باطلا أو كان الباعث عليه غير مشروع وعلة تجرد التزام المناب تكمن فى ضمان استقرار المعاملات(١٠) ٠ ونصت على الحكم السابق المادة ٤٢٤ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ٣٦١ مدنى مصرى) وجاء بها « يكون التزام المناب صحيحا ولو كان التزامه قبل المدين باطلا أو خاضعا لدفع من الدفوع ، ولا يكون للمناب الا حق الرجوع على المنيب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره » ٠ وتأسيسا على كل ذلك ، فلو كان التزام المنيب باطلا لسبب من الاسباب أو كان يرد عليه أى دفع من الدفوع أو كان قبول المناب الانابه قد انبنى على مديونيته للمنيب فان ذلك كله لا يؤثر على كون المناب ملتزما بالوفاء للدائن ٠ كل ما هنالك أنه يكون للمناب الرجوع على المنيب وفقا لقواعد الوكالة أو الفضالة أو الاثراء بلا سبب حسب الاحوال ، وذلك ما لم يقصد المناب التبرع للمنيب ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك ٠

٣٤٤ – الانابة فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية :

فى ماهية الانابة فى الوفاء نصت المادة ٣٤٨ من المشروع على ما يأتى :

« ١ – تتم الانابة اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين ٠

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 842, p. 847.

(١٥) راجع محمد لبيب شنب ، المرجع السابق رقم ٣٨٣ ص ٣٨٢ ، ٣٨٣ ٠

٢ ـ ولا تقتضى الانابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبى » •

وهذه المادة تطابق المادة ٣٥٩ من القانون المدنى المصرى الحالى ، وهى مطابقة أيضا للفقرتين الأولى والثالثة من المادة ٤٢٢ من القانون المدنى الكويتى •

ونصت المادة ٣٤٩ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ اذا اتفق المتعاقدون فى الانابة على ان يستبدلوا بالتزام سابق التزاما جديدا ، كانت هذه الانابة تجديدا للالتزام بتغيير المدين ، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه ، على أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحا والا يكون المناب معسرا وقت الانابة •

٢ ـ ومع ذلك لا يفترض التجديد فى الانابة ، فاذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد الى جانب الالتزام الأول » •

والمادة تطابق المادة ٣٦٠ من القانون المدنى المصرى الحالى • وتطابق أيضا المادة ٤٢٣ من القانون المدنى الكويتى • فيما عدا أن الأخيرة لا تتضمن الشرط الذى جاء بالفقرة الأولى من النص المصرى المقترح ومؤداه : ألا يكون المناب معسرا وقت الانابة •

ونصت المادة ٣٥٠ من المشروع على أنه « يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا وكان هذا الالتزام خاضعا لدفع من الدفوع ، ولا يبقى للمناب الا حق الرجوع على المنيب ، وهذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره » •

والنص واضح فى أن التزام المناب قبل المناب لديه يعد التزاما مجردا والنص بذلك يطابق المادة ٣٦١ من القانون المدنى المصرى الحالى • كما يطابق أيضا نص المادة ٤٢٤ من القانون المدنى الكويتى •

المبحث الرابع

المقاصــــة

LA COMPENSATION

٣٤٥ ـ تعريف المقاصــة :

هى طريق لانقضـــاء دينين متقابلين فى ذمة شـــخصين كل منهما دائن ومدين للآخر فى نفس الوقت ، بقــدر الأقــل منهما(١٦) ٠

فلو كان (أ) مدينا بمبلغ ١٠٠٠٠ ريال على سبيل القرض والدائن (ب) ٠ ثم اشترى (ب) شيئا من (أ) بمبلغ ٥٠٠٠ ريال وصار بذلك مدينا بهـذا المبلغ تقـع المقاصــة بين الدينين بقـدر الأقـل منهما بحيث لا يبقى فى ذمة أحدهما الا ما زاد على هـذا القدر ٠ ومن ثم ينقضى الدينان فى حدود ٥٠٠٠ ريال فالدائن بالقـدر الأقـل وهـو (أ) يكون قـد استوفاه كلـه أما الدائن بالقـدر الأكبر وهـو (ب) فلم يستوف الا جزءا منه حقـه ويبقى الآخر فى ذمة مدينة وهـو (أ) ويجب الوفاء به ٠

٣٤٦ – طبيعة المقاصــة وانواعها :

La compensation constitue un double paiement et une grarntie.

المقاصــة فى طبيعتها وفاء مزدوج وضمان ٠ فالمقاصــة فى المقام الأول وفاء مزدوج ٠ اذ يترتب على وقــوعها انقضاء(١٧) الدينين المتقابلين بقـــدر الأقـل منهما ٠ وكمـا ذكرنا فانهـا تؤدى الى انقضاء الدين الأقـل كليـا بينما ينقضى بها الدين الأكبر جزئيا ٠ وهى فى المقـام الثانى ضمان ٠ اذ تمكن كل طرف من استيفاء حقــه – كله أو جزء منه – ممـا فى ذمته للطرف الآخر ولذلك فان الدائن يضمن بها استيفاء حقــه بالأولوية وتجنبه مشاركة دائنى المدين ٠

وللمقاصــة انواع ثلاثة : فهى اما قانونية او اتفاقية أو قضائية ٠ ونبحث المقاصــة القانونية فى مطلب مستقل ٠ فلم يعـن المشرع الا بها ثم نبحث فى مطلب آخر المقاصة الاتفاقية والقضائية ٠

---

(١٦) راجع السنهورى ، الوسيط ، جـ ٣ ، رقم ٥٢٥ ، صفحة ٨٧٣ ٠

SAVATIER : op. cit., n. 313, p. 383.

(١٧) راجع ايضا : MAZEAUD :op. cit., n. 1145, p. 1056.

المطلب الأول

المقاصــة القــانونية

La Compensation Légale

٣٤٧ ـ تقســـيم :

المقاصـــة القانونية هى التى تقــع بقــوة القانون متى توافرت شروطها ونبحث هــذه الشروط ثم تبين ما يترتب على توافرها من آثار ٠

٣٢٨ ـ اولا ـ شروط المقاصـــة القانونية :

حتى تقــع المقاصـــة بقــوة القانون ينبغى توافر الشروط الآتية :

١ ـ وجــود دينين متقــابلين :

تتطلب المقاصـــة القانونية فى وقــوعها ـ أول ما تتطلب ـ وجــود دينين متقابلين ٠ والفرض فى هــذه الحالة أن كل طرف منها يعــد دائنــا ومدينا للآخر فى نفس الوقت ٠ ويجب أن يكون الدينان بين نفس الشـــــخصين وبنفس الصفة[١٨] ٠ وتضمنت هــذه الشرط المــادة ١/٤٢٥ مدنى كويتى (م٠ ١/٣٦٢ مدنى مصرى) ٠

٢ ـ تمــاثل الدينين فى المحــل :

لا يكفى لوقــوع المقاصة بقــوة القانون وجــود دينين متقابلين ، بل يجب أن يوجــد تماثل بين الدينين فى المحل وتماثل الدينين فى المحــل مقتضاه أن يكون الدينان من النقــود أو المثليات وفى غير ذلك لا يتصور وقــوع المقاصـــة القانونية فلا تقــع هــذه المقاصـــة بين التزام بنقــل ملكية وآخر بالقيـــــام بعمل ٠ وحتى لا يتصور وقــوعها بين التزامين بالقيام بعمل وان تماثلا ٠

ويلاحظ انه لا يكفى أن يكون محــل الدينين من النقــود أو المثليات حتى تقــع المقاصـــة بقــوة القانون ، بل يتعين فــوق ذلك وبصـــفة خاصة اذا كان الدينان من المثليات أن تتحــد هــذه المثليات من حيث النوع والجــودة ٠

---

(١٨) عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، رقم ٣٧٦ ، صفحة ٤٣٠ ٠

ويترتب على ذلك أن المقاصة لا تقع اذا اختلفت المثليات فى النوع فلا مقاصة لو كان أحد الدينين محله قمحا والآخر أرزا • كذلك لا تقع المقاصة اذا اختلفت المثليات فى الجودة ولو كانت متحدة فى النوع • كما لو كان كل احد الدينين توريد جلود من صنف جيد ومحل الآخر توريد جلود من صنف أقل جوده ونصت على هذا الشرط المادة ١/٤٢٥ مدنى كويتى (م• ١/٣٦٢ مدنى مصرى) •

وتجدر الاشارة الى أنه ليس ضروريا ـ لوقوع المقاصة القانونية ـ أن يكون مصدر الدينين واحدا ، كما أنه لا يشترط تماثل الدينين فى المقدار • كذلك فان اختلاف المكان المحدد لوفاء الدينين لا يمنع وقوع هذه المقاصة وتضمنت الحكم الأخير المادة ٤٢٦ مدنى كويتى (م• ٣٦٣ مدنى مصرى) اذ قالت : « تجوز المقاصة ولو اختلف مكان الوفاء فى الدينين ، وفى هذه الحالة يجب على من يتمسك بالمقاصة ان يعوض الطرف الآخر عما لحق من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء حقه أو الوفاء بدينه فى المكان الذى عين ذلك » •

٣ ـ خلو الدينين من النزاع :

لا تقع المقاصة بقوة القانون ولو كان الدينان متقابلين ومتماثلين فى المحل ، الا اذا كان كل منهما خاليا من النزاع • وهذا يفترض أن كلا منهما محقق الوجود معين المقدار • وعلى ذلك لا تقع هذه المقاصة ، اذا كان أحد الدينين متنازعا فيه من حيث وجوده ومقداره • وتضمنت هذا الشرط المادة ١/٤٢٥مدنى كويتى (م• ١/٣٦٢ مدنى مصرى) •

٤ ـ صلاحية الدينين للمطالبة القضائية :

ينبغى لوقوع المقاصة القانونية ان يكون كل دين صالحا للمطالبة به قضائيا وعلى ذلك فلا مجال لوقوع هذه المقاصة ، لو كان أحد الدينين طبيعيا وليس مدنيا وتضمنت هذا الشرط المادة ١/٤٢٥ مدنى كويتى (م• ١/٣٦٢ مدنى مصرى) •

٥ ـ استحقاق الدينين للأداء :

يشترط لوقوع المقاصة بقوة القانون أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء • ونصت على الشرط المادة ١/٤٢٥ مدنى كويتى (م• ١/٣٦٢ مدنى مصرى) وبناء على ذلك ، لا تقع هذه المقاصة لو كان أحد الدينين معلقا على شرط واقف لم يتحقق او كان مضافا الى اجل لم يحل • ويلاحظ أن وجود

الاجل لا يؤدى بمطلقه الى منع وقوع المقاصة بقوة القانون . فقد نصت المادة ٤٢٥ من القانون المدنى الكويتى فى فقرتها الثانية (م. ٢/٣٦٢ مدنى مصرى) على ما ياتى :

« ولا يمنع المقاصة ان يكون ميعاد الوفاء قد تأجل على نظرة منحها القاضى او تبرع بها الدائن » . والمعنى الواضح للنص يؤدى بنا الى القول ان المشرع وقد استوجب اصلا استحقاق الدينين للاداء شرطا لا تقع المقاصة القانونية دونه ، الا انه قد استثنى الحالة التى يتأجل فيها وفاء احد الدينين لان المدين حصل على نظرة ميسرة من القاضى او الدائن فلم يجعل من حصول الدائن عليها مانعا يحول دون وقوع المقاصة القانونية (١٩) .

٦ - قابلية الدينين للحجز :

يشترط لوقوع المقاصة بقوة القانون اضافة الى ما تقدم ان يكون كل من الدينين قابلا للحجز . فاذا كان غير ذلك لما وقعت هذه المقاصة . وعلة ذلك ترجع كما ترى - مع البعض - (٢٠) الى ان المقاصة تؤدى الى استيفاء جبرى وهى نفس النتيجة المترتبة على الحجز . فاذا كان الحجز غير جائز فكيف تقع المقاصة ؟ وقد اضاف البعض (٢١) فى هذا التحليل ان الحق غير القابل للحجز يقصد القانون ان يكون خالصا لصاحبه وفى اجازة المقاصة معه حرمان لصاحبه منه . وتضمنت المادة ٤٢٧/ج مدنى كويتى هذا الشرط (م. ٣٦٤/ج مدنى مصرى) .

٧ - وجوب التمسك بالمقاصة :

لا يكفى توافر الشروط السابقة حتى تقع المقاصة بقوة القانون . اذ يتعين فوق ذلك ان يتمسك بها صاحب المصلحة . فاذا لم يتمسك بها لا تقع . ويترتب على ذلك بحكم المنطق انه لا يجوز للقاضى - وصاحب المصلحة لم يتمسك بها - ان يحكم بوقوع المقاصة القانونية من تلقاء نفسه . ولكن

---

(١٩) مع ملاحظة ما ذكرنا من قبل بخصوص نظرة الميسرة من انها اقرب الى الشرط دون الاجل راجع ما سبق صفحة ١٢٢ .

(٢٠) راجع ، محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٣٨٦ ، صفحة ٣٨٧ .

(٢١) عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، رقم ٣٨١ ، صفحة ٤٣٣ .

اذا تمسك بها صاحب المصلحه تعين على القاضى الحكم بوقوعها • وننبه الى ان دور القاضى هنا دور كاشف لا منشىء •• فالمقاصة لا تقع بحكمه لذاته فوجوب التمسك بالمقاصة هو شرط لحكم لقاضى بهـــا وليس شرطا لوقـــوعها(٢٢) •

ومن ناحية اخرى فانه لا يجوز لصاحب المصلحة النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها • وقد نصت على الأحكام السابق المادة ١/٤٢٨ من القانون المدنى الكويتى (م• ١/٣٦٥ مدنى مصرى) اذ قالت : « لا تقع المقاصة الا اذا تمسك بها من له حق فيها ، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها » • وعلى ما يبدو ، فان المشرع ، وقد جعل مناط النزول عن المقاصة ثبوت الحق فيها ، انما استهدف حماية المدينين الضعفاء لما تبين له أن الدائنين الأقوياء ، كالبنوك مثلا ، يشترطون على مدينهم التنازل مقدما عن التمسك بالمقاصة فيما قد ينشأ لهم فى المستقبل من حقوق(٢٣) •

وتجدر الاشارة الى أن الحق فى التمسك بالمقاصة القانونية ـ بتوافر شروطها الأخرى ـ ليس مطلقا وانما يخضع لقيد مؤداه عدم جواز التمسك بها اضرارا بحقوق الغير ، فلو تصورنا أن احد طرفى المقاصة مدين لشخص ثالث اوقع الحجز على حق هذا المدين لدى الطرف الآخر فى المقاصة فلا يجوز للأخير أن يتمسك بالمقاصة لأنها سوف تضر بهذا الشخص الثالث وهو دائن حاجز • ونصت على هذه الأحكام المادة ٤٣٠ من القانون المدنى الكويتى (م• ٣٦٧ مدنى مصرى) • وكذلك اذا قام أحد طرفى المقاصة وقبل التمسك بها بتحويل حقه الى شخص ثالث وقبل الدين الحوالة دون أن يحتفظ لنفسه بحق التمسك بالمقاصة رغم الحوالة فلا يجوز له اذا طالبه المحال له بما فى ذمته أن يتمسك بالمقاصة فى مواجهته لأن فى التمسك بها اضرارا بالمحال له • اما اذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها فلا تمنعه الحوالة من التمسك بالمقاصة • ونصت على ذلك المادة ٤٣١ مدنى كويتى (م• ٣٦٨ مدنى مصرى) •

---

(٢٢) راجع فى المعنى : مصطفى الجمال وجلال العدوى ، اصول المعاملات ، ص ٣٥٣ •

(٢٣) مصطفى الجمال وجلال العدوى ، المرجع السابق ، الموقع السابق •

٣٤٩ ـ حالات منع وقوع المقاصة :

الأصل أنه اذا توافرت الشروط السابقة وقعت المقاصة بقوة القانون بين الدينين المتقابلين · واستثناء على هذا الاصل منع المشرع وقوع هذه المقاصة فى حالتين حتى مع توافر الشروط السابقة (٢٤) ·

الحالة الأولى :

اذا كان محل احد الدينين رد شيء نزع دون حق من يد مالكه ونصت على ذلك المادة ٤٢٧/أ من القانون المدنى الكويتى (م· ٣٦٤/م · مدنى مصرى) ·

فلو ان شخصا نزع شيئا دون حق من يد مالكه ، فليس من شك فى التزامه بالرد ، فلو تصورنا أن له فى ذمة المالك دينا مماثلا ، فلا يجوز أن يمتنع عن رد الشيء على أساس المقاصة القانونية بين ماله وما عليه · اذ لا يجوز أن يقضى الشخص لنفسه ·

الحالة الثانية :

اذا كان محل أحد الدينين رد شيء مودع أو معار ونصت على ذلك المادة ٤٢٧/ب من القانون المدنى الكويتى (م· ٣٦٤/ب مدنى مصرى) ·

فلو كان للمودع لديه (وهو ملتزم بالرد) دين فى ذمة المودع أو كان للمستعير (وهو ملتزم بالرد أيضا) دين فى ذمة المعير فلا تقع المقاصة القانونية بين الدينين فى الحالتين · فلا مقاصة بقوة القانون بين ما للمودع لديه وما عليه ولا بين ما للمستعير وما عليه · وقد تغيا المشرع من ذلك المحافظة على الثقة بشأن هذا النوع من العقود وهى من عقود الأمانة ·

وقد تكلم المشرع للمدنى الكويتى فى الفقرتين ج ، د من النص السابق وعلى التوالى عن حالتين اضافة الى ما تقدم ، لا تقع المقاصة القانونية فيهما · الأولى منهما اذا كان احد الدينين غير قابل للحجز وهى حالة تناولها القانون المدنى المصرى فى الفقرة (ج) من النص المذكور من قبل وقد تكلمنا عن

---

(٢٤) راجع الحالتين فى الفقرة الاولى والثانية من المادة ١٢٩٣ من القانون المدنى الفرنسى ·
V. MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 640, 8. 609.

هـذه الحالة عند دراسة الشرط السادس لوقـوع المقاصـة القانونية • اما الثانية فقد تضمنتها الفقرة (د) من النص المدنى الكويتى المشار اليه وهى حالة ما « اذا كان احـد الدينين مستحقا للنفقة » • ويلاحظ أن القانون المدنى المصرى لم ينص على هـذه الحالة صراحة فى نصه المقابل للنص الكويتى •

٣٥٠ ـ ثانيا ـ آثار المقاصـة القانونية :

اذا توافرت شروط المقاصـة التى ذكرناها من قبـل ترتب على ذلك كما جاء فى المـادة ٢/٤٢٨ مدنى كويتى ـ « انقضاء الدينين بقدر الاقل منهما منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصـة » وهـو ما نصت عليه أيضا المـادة ٢/٣٦٥ مدنى مصرى »(٢٥) •

وفى ضوء النص السابق يمكننا القول بان الاثر الجـوهرى لوقـوع المقاصـة بقـوة القانون يتمثل فى انقضاء الدينين المتقابلين بقـدر الأقـل منهما • وهذا يفترض أن احدهما اكبر من الآخر • حيث ينقضى الدين الاقـل كليـا وينقضى الأكبر جزئيا على ما ذكرنا من قبـل • اما اذا كان الدينـان متساويين فى المقـدار الدينـان باكملهما •

واذا تعـددت الديون فى ذمة احـد طرفى المقاصـة للطرف الآخر ثارت صـعوبة بشأن تعيين ما ينقضى بالمقاصـة من هـذه الديون المتعـددة • ويمكننا القـول اجمالا بانه تنطبق فى هـذا الخصوص قواعـد تعيين الدين الذى ينقضى بالوفاء ضمن ديون متعـددة والتى درسناها من قبـل فى المـادتين ٤٠٨ ، ٤٠٩ من القانون المدنى الكويتى (م• ٣٤٤ ـ ٣٤٥ مدنى مصرى) •

وقـد نصت على الاحـالة الى قواعد الوفاء بالديون المتعددة بشـأن تعـدد الديون فى المقاصة المـادة ٣/٤٢٨ من القانون المدنى الكويتى (م• ٢/٣٦٥ مدنى مصرى) •

وما ينبغى أن يلاحظ ـ وكما يتضح من نص المـادة ٢/٤٢٨ مدنى كويتى سـابقة الذكر ـ أن الأثر الجـوهرى للمقاصـة ـ وهـو انقضاء الدينين المتقابلين بقـدر الأقـل منهما ـ انمـا يترتب بأثر رجعى • أى يترتب ليس من وقت التمسك بالمقاصـة ولكن منذ الوقت الذى يكتمل فيه توافر الشروط الاخرى للمقاصـة غير وجـوب التمسك بها •

---

(٢٥) راجع فى اثر المقاصة القانونية فى القانون المدنى الفرنسى نص المـادة ١٢٩٠ •
V. CARBONNIER : op. cit., n. 132, p. 515.
MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 646, p. 672-673.

المطلب الثانى

المقاصة القضائية والمقاصة الاتفاقية

٣٥١ – اولا – المقاصة القضائية : La Compensation Judiciaire

تقع المقاصة القضائية عندما يقوم دائن بمطالبة مدينه قضاء بالوفاء ، ويتمسك المدين بحق له فى ذمة دائنه المدعى • ذلك ان هذا الحق يتخلف بالنسبة له شرط الخلو من النزاع ، وهو شرط لوقوع المقاصة القانونية كما راينا ، ومن ثم لا يمكنه التمسك بها • ولكن يمكن للقاضى أن يفصل فى النزاع الذى يرد على حق المدعى عليه ويحسمه ، ومن ثم يصير الدين خاليا من النزاع ويمكن أن تقع المقاصة ويجريها القاضى بحكمه(٢٦) •

مثال ذلك(٢٧) ان رفع المؤجر دعواه على المستأجر مطالبا اياه بالأجرة فيطالب المؤجر – عن طريق طلب عارض – بتعويض عما اصابه من ضرر من العين المؤجرة وتستطيع المحكمة ان تتوقف عن الفصل فى طلب المؤجر حتى تحسم النزاع بشأن حق المستأجر عن طريق تحديد التعويض المستحق اذا بين لها أن ضررا اصابه • فاذا حسم النزاع الذى ورد على حق المستأجر بتحديد التعويض ، اصبح حقه خاليا من النزاع فتعود المحكمة الى الفصل فى دعوى المؤجر بالأجرة ومعها دعوى المستأجر بالتعويض وذلك بحكم واحد تقضى فيه بوقوع المقاصة بين الدينين •

ويمكننا القول اذا ، أن المقاصة القضائية هى التى تقع بحكم القضاء لذا ما تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية وكان فى استطاعة القضاء استكماله كما لو كان احد الدينين محلا لنزاع ، اذ يمكن للقاضى أن يحسم النزاع ومن ثم يجرى المقاصة لخلو الدينين من النزاع(٢٨) •

---

(٢٦) CARBONNIER : op. cit., n. 132, p. 516.
MAZEAUD : op. cit., n. 1151, p. 1060.

(٢٧) راجع المثال :
MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 649, p. 674.

(٢٨) فى هذا المعنى : محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٣٩٠ ، صفحة ٣٩١ •

ويكون أثر المقاصة القضائية من تاريخ الحكم بها[٢٩] · وهذا الأثر يتمثل فى انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما ·

٣٥٢ ـ ثانيا ـ المقاصة الاتفاقية : La Compensation coventionnelle

وتسمى أحيانا بالمقاصة الاختيارية ، وتقع بإرادة ذوى الشأن فى الحالة التى يتخلف فيها شرط من شروط المقاصة القانونية ، بحيث يتجاوز عنه من تقرر هذا الشرط لمصلحته · ويمكن أن تقع المقاصة الاختيارية باتفاق الطرفين ، ويحدث ذلك لو أن الشرط الذى تخلف من شروط المقاصة كان مقررا لمصلحة طرفيها · كما اذا تخلف شرط تماثل الدينين فى المحل ، حيث يجوز الاتفاق على وقوع المقاصة بين الدينين على الرغم من ذلك ·

ويمكن أن تقع المقاصة الاختيارية أيضا بإرادة أحد الأطراف ، ويتحقق ذلك اذا كان شرط المقاصة القانونية الذى تخلف يقصد منه مصلحة هذا الطرف · ويمكن أن نتصور ذلك اذا كان أحد الدينين مضافا الى أجل ، والأجل لمصلحة المدين حيث يجوز للاخير التمسك بالمقاصة بين دينه وماله من حق مستحق الأداء[٣٠] ·

ويترتب أثر المقاصة الاختيارية – وهو تعبير أدق من الاتفاقية ـ[٣١] من وقت الاتفاق عليها أو التمسك بها حسبما اذا كانت بالاتفاق أو بإرادة أحد الطرفين[٣٢] ·

وأثر المقاصة الاتفاقية يتمثل فى انقضاء الدينين مع ملاحظة أن هذه المقاصة لا تقع بين دينين غير متساويين الا اذا رضى بها الدائن صاحب الدين الاكبر[٣٣] ·

---

(٢٩) السنهورى ، الوسيط ، جـ ٣ رقم ٥٦٠ ص ٩٤٢ · محمد لبيب شنب ، المرجع السابق رقم ٣٩١ ص ٣٩٢ وقد اشار فى هامش رقم (٢) بنفس الصفحة الى راى للدكتور جلال العدوى وانور سلطان مؤداه ان اثر المقاصة القضائية يكون من وقت رفع الدعوى لا من تاريخ الحكم على اساس ان الاحكام كاشفة وليست منشئة .

(٣٠) راجع ، السنهورى ، الوسيط ، جـ ٣ ، رقم ٥٥٧ ، ص ٩٣٣ ـ ٩٣٦ ·

(٣١) ونفضل تعبير المقاصة الارادية لانه يشمل ما يتم منها بالاتفاق او بإرادة احد الطرفين ·

(٣٢) محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم (٣٩١ ، ص ٣٩٢) ·

(٣٣) السنهورى ، الوسيط ، جـ ٣ ، رقم ٥٥٨ ص ٩٣٧ ·

٣٥٣ ـ المقاصة فى المشروع المصرى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية :

اولا ـ فى ماهية المقاصة وشروطها جاء نص المادة ٣٥١ من المشروع على النحو التالى :

« ١ ـ للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين ، اذا كان موضوع كل منهما نقودا او مثليات متحدة فى النوع والجودة ، وكان كل منهما خاليا من النزاع مستحق الأداء صالحا للمطالبة قضاء ٠

٢ ـ ولا يمنع المقاصة ان يتاخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن » ٠

وهذه المادة تطابق المادة ٣٦٢ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ كما تطابق أيضا المادة ٤٢٥ من القانون المدنى الكويتى ٠

ونصت المادة ٣٥٢ من المشروع ايضا على انه « يجوز للمدين ان يتمسك بالمقاصة ولو اختلف مكان الوفاء فى الدينين ، ولكن يجب عليه فى هذه الحالة ان يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ماله من حق او الوفاء بما عليه من دين فى المكان الذى عين لذلك ٠

والمادة تطابق المادة ٣٦٢ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المادة ٤٢٦ من القانون المدنى الكويتى ٠

ثانيا ـ وفى احوال منع المقاصة ، نصت المادة ٣٥٣ من المشروع على ما ياتى :

« تقع المقاصة فى الديون أيا كان مصدرها وذلك فيما عدا الأحوال الآتية » :

(أ) اذا كان احد الدينين رد شىء نزع دون حق من يد مالكه ٠

(ب) اذا كان احد الدينين رد شىء مودع أو معار عارية استعمال ٠

(د) اذا كان احد الدينين غير قابل للحجز » ٠

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣٦٤ من القانون المدنى المصرى الحـالى •
وهى تطابق أيضا المـادة ٤٢٧ من القانون المدنى الكويتى وفى التمسك بالمقاصة والنزول عنها وآثارها ، نصت المـادة ٣٥٤ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ لا تقـع المقاصـة الا اذا تمسك بهـا من له مصلحة فيهـا ، ولا يجـوز النزول عنها قبـل ثبـوت الحـق فيها •

٢ ـ ويترتب على المقاصـة انقضاء الدينين بقـدر الأقـل منهما ، منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة ، ويكون تعيين جهة الدفع فى المقاصة كتعيينها فى الوفاء » •

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣٦٥ من القانون المدنى المصرى الحـالى ، كما تطابق المـادة ٤٢٨ من القانون المدنى الكويتى •

ثالثا ـ وفى قيود التمسك بالمقاصة القانونية ، نصت المـادة ٣٥٦ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ لا يجـوز أن تقـع المقاصة اضرارا بحقوق كسبها الغير

٢ ـ فاذا أوقـع الغير حجزا تحت يد المدين ، ثم اصبح المدين دائنـا لدائنه ، فلا يجـوز أن يتمسك بالمقاصـة اضرارا بالحاجز » •

والمـادة تطابق المـادة ٣٦٧ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق أيضا المـادة ٤٣٠ من القانون المدنى الكويتى •

وفى اطار هـذه القيود ايضا ، نصت المـادة ٣٥٧ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ اذا حـول الدائن حقـه للغير وقبـل المدين الحـوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها قبـل قبوله للحـوالة ، ولا يكون له الا الرجوع بحقه على المحيل •

٢ ـ أما اذا كان المدين لم يقبل الحـوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هـذه الحـوالة من أن يتمسك بالمقاصـة » •

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣٦٨ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق أيضا المـادة ٤٣١ من القانون المدنى الكويتى •

ونصت المـادة ٣٥٨ من المشروع على أنه « اذا وفى المدين دينا وكان له أن يطلب المقاصـة فيه بحـق له ، فـلا يجـوز له أن يتمسك اضرارا بالغـير بالتأمينات التى تكفل حقـه ، الا اذا كان يجهل وجـود هـذا الحـق » •

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣٦٩ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المـادة ٤٣٢ من القانون المدنى الكويتى •

المبحث الخامس

اتحاد الذمة

LA CONFUSION

٣٥٤ – تعريف وكيفية تحققه :

يقصد باتحاد الذمة ، ان تجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة لنفس الدين[٣٤] • وغالبا ما يتحقق اتحاد الذمة بالوفاة ولكن يتصور ايضا تحققه حال الحياة •

واتحاد الذمة اذ يتحقق بواقعة الوفاة ، فاننا نكون امام احتمال من اثنين ، فى الاول منهما يتوفى الدائن ويرثه المدين باعتباره وارثا وحيدا لا شخص غيره • وهنا تنتقل كل حقوق الدائن الى المدين ومنها حقه فى ذمة الأخير • وينقضى الدين كليا باتحاد الذمة • اما فى الثانى ، يتعدد الورثة ويكون المدين واحدا منهم وهنا لا ينقضى من الدين باتحاد الذمة الا القدر الذى يعادل حصة المدين الوارث[٣٥] وقد ضمن المشرع المدنى الكويتى الأحكام السابقة المادة ٤٣٣ ونصها كالآتى : « اذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة الى التزام واحد انقضى هذا الالتزام بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة » (م• ١/٣٧٠ مدنى مصرى) •

اضافة الى كل ما تقدم ، فان إتحاد الذمة يمكن ان يتحقق اثناء الحياة ، كما لو اكتسب المدين حق الدائنية[٣٦] •

L'equisition de la créance par le débiteur lui même

وتطبيقا لذلك فانه لو قامت احدى الشركات بشراء ما اصدرته من سندات ، فأنها – والسند يمثل دينا عليها – تصبح دائنا • ومن ثم تجتمع بالنسبة لها صفتا الدائن والمدين •

SAVATIER : op. cit., n. 310, p. 387.

MAZEAUD : op. cit., n. 1141, p. 1054.

" Lorsqu'une Personne meurt, laissant plasieurs héritiers, la confusion n'atteint qu'une fraction de l'obligation".

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 857, p. 86060.

٣٥٥ ـ آثار اتحـاد الذمة :

يترتب على اتحاد الذمة على ما ذكرنا انقضاء الالتزام بالقـدر الذى اتحدت فيه الذمة • وقد تناول المشرع المدنى الكويتى فى المـادة ٤٣٣ (م• ٢/٣٧٠ مدنى مصرى) فرضا يزول فيه وبأثر رجعى السبب الذى أدى الى اتحاد الذمة • والمـادة يجرى نصها على النحو التالى :

« اذا زال السبب الذى ادى الى اتحـاد الذمة وكان لزواله اثر رجعى عاد الالتزام الى الوجـود هـو وملحقاته بالنسبة الى ذوى الشأن جميعا ويعتبر اتحـاد الذمة كان لم يكن » •

والمعنى الواضح للنص يؤدى بنا الى القـول بانه اذا وجـد من الأسباب ما يترتب عليه زوال اتحاد الذمة بأثر رجعى ، فان اتحاد الذمة يعتبر كان لم يكن ويعـود الدين كما كان بأصله وتأميناته • ويمكننا ان نتصور زوال سبب اتحاد الذمة بأثر رجعى بابطال التصرف الذى أدى الى وجـوده(٣٧) كما لو اوصى دائن لمدين بماله فى ذمته وكان عقـد الوصـية قابلا للابطال لسبب او لآخر من الاسباب التى تؤدى الى ذلك • فلو مات الموصى تحقق اتحاد الذمة لكن لو ابطلت الوصـية فان اتحـاد الذمة يزول ويعتبر كان لم يكن ويعـود الدين الى وجـوده الأصلى • مثال ذلك ايضا لو ابطـل العقـد الذى اشترى به المستاجر العين المؤجرة •

وليس لنـا من تعليق على هـذا الحكم الذى أورده النص السابق ، سوى القـول انه يتعين علينا الحـذر معه عند تكييف اتحـاد الذمة على أنه سبب لانقضاء الالتزام فاذا كان زوال السبب الذى أدى الى اتحاد الذمة يؤدى ـ اذا كان الزوال بأثر رجعى ـ الى ظهور الدين الى الوجـود ، فان معنى ذلك ان الدين لم ينقض فى اى وقت من الاوقات باتحاد الذمة هذا والذى زال بزوال سببه • كل ما هنالك ان اتحاد الذمة باجتماع صفتى الدائن والمدين فى شخص واحـد بالنسبة لنفس الدين انمـا يشكل ـ وهـذا هـو الدور الحقيقى لاتحـاد الذمة فى نظرنا ـ مانعـا أمام المطالبة بالدين • اذ لا يعقـل أن يطالب الشخص نفســـه •

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 857, p. 860.

وفى هذا المعنى ايضا : مصطفى الجمال وجلال العدوى ، اصول المعاملات ، ص ٣٥٥ •

٣٥٦ ـ اتحاد الذمة فى المشروع المصرى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية :

نصت المادة ٣٥٩ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ اذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد ، انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة ٠

٢ ـ ومع ذلك ، اذا أصبح الدائن وارثا للمدين ، فلا ينقضى الدين باتحاد الذمة ، بل يقتضى الدائن دينه من التركة مع بقية الدائنين » ٠

والمادة تطابق فى فقرتها الاولى المادة ٣٧٠ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ أما فترتها الثانية فمستحدثة ٠ وتعالج الفرض الذى يصير فيه الدائن وارثا لوفاة مدينه ٠ ومؤدى الحكم الوارد أن الدائن يحصل على الدين من التركة تطبيقا لقاعدة لا تركة الا بعد سداد الدين ٠ ثم يحصل على نصيبه فى تركة المدين باعتباره وارثا ٠ ويلاحظ أن سبب انقضاء الدين ليس اتحاد الذمة ولكنه الوفاء والفقرة لا نظير لها فى القانون المدنى الكويتى ٠

ونصت المادة ٣٦٠ من المشروع على انه « اذا زال السبب الذى أدى الى اتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعى ، عاد الدين الى الوجود ٠ هو وملحقاته بالنسبة الى ذوى الشأن جميعا ، ويعتبر اتحاد الذمة كان لم يكن » ٠

وهذه المادة تطابق الفقرة الثانية من المادة ٣٧٠ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المادة ٤٣٤ من القانون المدنى الكويتى ٠

المبحث السادس

إنقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء في الفقه الاسلامى

٣٥٧ ـ تقسيم :

ينقضى الالتزام في الفقه الاسلامى بعدة طرق غير الوفاء • ومن هذه الطرق ما يوفر للدائن ما كان يحصل عليه بالوفاء على نحو ما ذكرنا ونحن نتناول هذه الطرق بالدراسة في القانون المدنى الذى لا يختلف عن هذا الفقه بشأنها •

وسوف نتناول منها في الفقه الاسلامى ، الوفاء بمقابل والمقاصة والتجديد والانابة واتحاد الذمة ، وسوف نبدأ بالمقاصة أولا وهى محل اهتمام الفقه الاسلامى ونخصص لها مطلبا • ثم نتناول الطرق الأخرى تباعا كل في مطلب ، على أن نخصص للتجديد والانابة مطلبا معا •

المطلب الأول

المقاصة فى الفقه الاسلامى

٣٥٨ ـ تعريف المقاصة وانواعها :

عرف ابن جزى المالكى المقاصة بقوله « هى اقتطاع دين من دين »(٣٨) • وقد عرفها ابن القيم فى اعلام الموقعين(٣٩) على انها « سقوط أحد الدينين بمثله جنسا وصفة » وعرفها أيضا مرشد الحيران فى المادة ٢٢٤ بقوله « هى اسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه فى مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه » •

انواع المقاصة :

المقاصة فى الفقه الاسلامى اما جبرية او اتفاقية(٤٠) فالمقاصة القضائية غير معروفة فيه(٤١) • وقد اوضحت ذلك المادة ٢٢٥ من مرشد الحيران بقولها « المقاصة نوعان جبرية تحصل بنفس العقد واختيارية تحصل بتراضى المتداينين » •

---

(٣٨) قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى ، مشار اليه من قبل • الباب الثانى عشر من الكتاب الرابع ، المقاصة فى الديون ، ص ٣٢٠ •

(٣٩) اعلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين ابى عبد الله محمد بن ابى بكر المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى عام ٧٥١ هـ ، راجعه وقدم له وعلق عليه طه عبد الرءوف سعد ، ج ١ ، دار الجيل ، بيروت ، آخر ص ٣٢١ •

(٤٠) راجع فى انواع المقاصة : محمد سلام مدكور ، المقاصة فى الفقه الاسلامى • بحث منشور على جزأين فى مجلة القانون والاقتصاد • الجزء الأول فى مجلد يضم العددين الأول والثانى ، السنة الثامنة والعشرون مارس ويونيه ١٩٥٨ ، الجزء الثانى للعدد الرابع من نفس المجلة ، السنة التاسعة والعشرون ، ديسمبر ١٩٥٩ م •

ويقول أن المقاصة فى الفقه الاسلامى اما جبرية طلبية واما اتفاقية •

وراجع فى المقاصة الجبرية والاتفاقية : المبسوط ، لشمس الدين السرخسى ، الطبعة الثانية ، دار المعرفة ، بيروت ، الجزء الثانى عشر ، ص ٢٠٧ •

(٤١) راجع ، محمد سلام مدكور ، المرجع السابق • ويقول ان سلطان القاضى هو الفصل فى المنازعات ودوره فى المقاصة الجبرية كاشف وليس منشئا • ولا يملك القاضى أن ينشىء مقاصة • فالمقاصة تبادل لا يملكه القاضى •

الجزء الثانى من البحث فى موقعة كما اشرنا اليه ، رقم ١٣٠ ، ص ١٢ من البحث و ص ١٠٤٦ من مجلة القانون والاقتصاد) •

وسوف نقصر بحثنا هنا على المقاصة الجبرية دون غيرها • فالفقه الاسلامي قد أسدى عنايته في تفصيل احكامها • اما التفاصيل بخصوص غيرها فلا يتسع المقام له الان • كذلك فقد كان حرصنا على دراسة هذا النوع من المقاصة وهو اهم أنواعها في هذا الفقه حتى يتحقق الاتساق في دراستنا وعرضنا لموضوع المقاصة بصفة عامة سيما وأن الشرع المدني لم ينظم — على ما ذكرنا — الا المقاصة القانونية ، أى تلك التي تقع بقوة القانون ، وهي جبرية • ونبحث ماهية المقاصة الجبرية في الفقه الاسلامي وشروطها وآثارها •

٣٥٩ — اولا — ماهية المقاصة الجبرية(٤٢) :

المقاصة الجبرية تلك التي تقع بنفسها بمجرد التلاقي ولا تتوقف على التراضي وتتم بغير اتفاق أو طلب متى توافرت شروطها • فمن ثبت له على غريمه مثل ما له عليه من الدين جنساً وصفة وطولا وقعت المقاصة • وهو المعنى المستفاد عند الحنفية كما جاء به صاحب مرشد الحيران في المادة٢٢٦(٤٣)•

وقال صاحب المغني أيضا في مسالة من كان له على أحد حق فمنعه منه وقدر له على مال لم يأخذ منه مقدار حقه « وجملته انه اذا كان لرجل على غيره حق وهو مقر به باذل له لم يكن له أن يأخذ من ماله الا ما يعطيه بلا خلاف بين أهل العلم فان أخذ من ماله شيئاً بغير اذنه لزمه رده اليه وان كان قدر حقه لانه لا يجوز ان يملك عليه عينا من أعيان ماله بغير اختياره لغير ضرورة وان كانت من جنس حقه لانه قد يكون للانسان غرض في العين فان أتلفها أو تلفت فصارت دينا في ذمته وكان الثابت في ذمته من جنس حقه تقاصا في قياس المذهب والمشهور من مذهب الشافعي »(٤٤) •

---

(٤٢) راجع ، محمد سلام مدكور ، الجزء الاول من بحث المقاصة في الفقه الاسلامي ، مشار اليه من قبل ، رقم ٢٠ ، ص ١٦ ، رقم ٢١ ، ص ١٦—١٨ ، رقم ٢٢ ، ص ١٩—٢١ •

(٤٣) ونص المادة ٢٣٦ من مرشد الحيران كما يلي « يشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنسا ووصفا وحلولا وقوة وضعفا ولا يشترط في المقاصة الاختيارية فاذا كان الدينان من جنسين مختلفين او متفاوتين في الوصف او مؤجلين او احدهما حالا والاخر مؤجلا أو احدهما قويا والآخر ضعيفا فلا يلتقيان قصاصا الا بتراضي المتداينين سواء اتحد سببهما او اختلف » • وفي تعريف المقاصة الجبرية تقول محكمة جرجا الشرعية « تحصل المقاصة بين الديون المتساوية من تلقاء نفسها وتبرأ بها الذمة بدون توقف على ارادة المتداينين وان اختلفت فلا بد من رضاء صاحب الدين القوى » قضية رقم ١١١ لسنة ١٩٣٩ ، جلسة ١٨/٩/١٩٤٠م انظر الحكم : مبادىء القضاء الشرعي في خمسين عاما ، للقاضي احمد نصر الجندي ، دار الفكر العربي ، مبدأ (٩) ، ص ٨٣١ •

(٤٤) المغني لابن قدامه ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثاني عشر ، ص ٢٢٩ •

راجع ايضا : ص ٢٣١ ، ص ٣٨٨ ، ص ٣٩٢ •

وجاء فى الام للامام الشافعى بخصوص المقاصة الجبرية :

« واذا كان لرجل على رجل مال وله عليه مثاه فان ابا حنيفة رضى الله عنه كان يقول هو قصاص وبه يأخذ ، وكان ابن ابى ليلى يقول لا يكون قصاصا الا أن يتراضينا به فان كان لاحدهما على صاحبه مال مخالف لذلك لم يكن ذلك قصاصا ... واذا كان لرجل على رجل مال وله عليه مثله لا يختلفان فى وزن ولا عدد وكانا حالين معا فهو قصاص فان كانا مختلفين لم يكن قصاص الا بتراض ولم يكن التراضى جائزا الا بما تحل به البيوع »(٤٥) .

والمعنى الواضح لذلك ان الشافعى رحمه الله يرى المقاصة جبرية اذا اتحد الدينان جنسا ووصفا وقدرا وحلولا . فان اختلف الدينان لا تقع المقاصة الا بالتراضى ولا تكون جبرية وانما اختيارية الا اننا نلحظ فيما اوردناه عنه انه ذكر ما يراه ابن ابى ليلى من ضرورة التراضى فى المقاصة .

ونجد المقاصة الجبرية عند الحنابلة ايضا . ففى بيان حكم ما لو كان لكل واحد من السيد والمكاتب على صاحبه دين قال صاحبا المغنى والشرح الكبير « فان كان لكل واحد منهما على صاحبه دين مثل أن كان للسيد على المكاتب دين من الكتابة او غيرها وللمكاتب على سيده دين وكانا نقدا من جنس واحد حالين او مؤجلين اجلا واحدا تقاصا وتساقطا »(٤٦) .

٣٦٠ ـ ثانيا ـ شروط المقاصة الجبرية :

لا تقع هذه المقاصة من تلقاء نفسها الا بتوافر شروطها وهى كما يلى :

١ ـ وجود دينين متقابلين :

يشترط لوقوع المقاصة الجبرية وجود دينين متقابلين . وهو ما يعبر عنه فى الفقه الاسلامى بتلاقى الدينين على معنى اجتماعهما فى حيز واحد(٤٧) .

---

(٤٥) الأم ، للامام ابى عبد الله محمد بن ادريس الشافعى ، الجزء السابع ، مشار اليه من قبل . انظر : باب فى الدين ، ص ١٢١ .

(٤٦) المغنى ، للشيخ الامام العلامة موفق الدين ابى محمد عبد الله بن احمد بن محمود ابن قدامه ويليه الشرح الكبير على متن المقنع للشيخ الامام شمس الدين ابى الفرج عبد الرحمن ابن ابى عمر محمد احمد بن قدمه المقدسى .

راجع ايضا كشاف القناع للبهوتى ، مشار اليه من قبل ، الجزء الرابع ، ص ٥٥٢ .

(٤٧) محمد سلام مدكور ، الجزء الاول من بحثه المشار اليه من قبل رقم ٢٦ ص ٢٣ .

ويتحقق ذلك بأن يكون هناك شخصان كل منهما دائن ومدين للآخر فى نفس الوقت • وعلى كل حال فالشرط واضح فيما ذكرناه من تعاريف لهذا النوع من المقاصة •

٢ ـ تماثل الدينين فى المحل :

وفحوى الشرط أن يتحد الدينان فى الجنس والصفة • ونصت على هذا الشرط ـ كما مر بنا ـ المادة ٢٢٦ من مرشد الحيران واشار صاحبه الى ذلك ايضا فى المادتين ٢٣٠ ، ٢٣١ •

وعلى ذلك فانه لو اختلف الدينان فى الجنس أو الصفة لما وقعت المقاصة الجبرية(٤٨) • ويجعل الفقه لاختلاف الدينين فى القوة حكم اختلافهما فى الجنس من حيث كونه مانعا للمقاصة الجبرية •

فقد جاء فى الاشباه والنظائر لابن نجيم « للزوج عليها دين وطلبت النفقة لا تقع المقاصة بدين النفقة بلا رضاء الزوج بخلاف سائر الديون لأن دين النفقة أضعف كالاختلاف الجنس فشابه ما اذا كان أحد الحقين جيدا والآخر رديئا »(٤٩) •

٣ ـ استحقاق الدينين للأداء :

اشترطت المادة ٢٢٦ من مرشد الحيران « اتحاد الدينين •••• حلولا » حتى تقع المقاصة الجبرية ••• فان كان الدينان ••• مؤجلين أو أحدهما حالا والآخر مؤجلا •• فلا يلتقيان قصاصا الا بتراضى المتداينين ••••(٥٠) •

---

(٤٨) قارن : ما قاله ابن جزى « لا يخلو أن يتفق جنس الدينين أو يختلفا فان اختلفا جازت المقاصة » • راجع جـ قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، الموقع السابق • راجع ايضا عند الحنفية وقد اخذت المادة ٢٢٦ من مرشد الحيران بما فى حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين مشار اليه من قبل ، الجزء الخامس ص ٣٦٦ •

(٤٩) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٦٦ •

(٥٠) قارن موقف الحنابلة كما جاء فى كشاف القناع بهذا الخصوص « ومن ثبت له على غريمه مثل ما له عليه من الدين قدرا وصفة حالا أو مؤجلا أجلا واحد ، لا حالا ومؤجلا تساقطا » • راجع كشاف القناع للبهوتى الجزء الثالث ، مشار اليه من قبل ، ص ٣١٠ ، وهو نفس ما نقلناه عن المغنى من قبل وأوردناه، ونحن نظهر وجود المقاصة الجبرية عند الحنابلة ••

٤ ـ الا يترتب عليها اى ضرر :

لا تقع المقاصة الجبرية اذا كان يترتب عليها ضرر • من ذلك عند الحنابلة ، ما جاء فى كشاف القناع[51] : « لو تعلق بأحد الدينين حق كما لو باع الراهن لتوفية المرتهن فمن له عليه حق مثل الثمن الذى باعه به فلا مقاصة لتعلق حق المرتهن به •• وكما لو بيع بعض مال المفلس على بعض غرمائه بثمن فى الذمة بجنس ماله على المفلس فلا مقاصة لتعلق حق باقى الغرماء بذلك ، ومن عليها دين من جنس واجب نفقتها لم يحتسب به عليها من نفقتها مع عسرتها لأن قضاء الدين بما فضل عن النفقة ونحوها » •

وكما يبين لنا من النص الفقهى ، فان المقاصة تحدث ضررا ومن ثم لا تقع لو تعلق بأحد الدينين حق • ومن امثلة ذلك أن يقوم الراهن ببيع الرهن لدائن آخر له ليس مرتهنا حتى يوفى المرتهن دينه من الثمن • وقد صار المشترى مدينا بالثمن للراهن وهو فى الأصل دائن له ، فان المقاصة لا تقع بين دينه بالثمن الراهن والدين الذى فى ذمة الراهن له ، وعلة عدم وقوعها ان فيه اضرارا بحق المرتهن • ومن أمثلة ذلك ايضا أن يقوم المفلس ببيع بعض ماله على بعض غرمائه • فالمشترى من الغرماء وقد صار مدينا بالثمن للمفلس وهو فى الأصل دائن له ، فان المقاصة لا تقع بين الدين بالثمن للمفلس والدين الذى فى ذمة الأخير له ولو كانا متماثلين • وعلة عدم وقوعها أن فيه اضرارا بحق الباقى من الغرماء • ومن امثلة ذلك أيضا عدم وقوع المقاصة بين ما فى ذمة المرأة من دين وما فى ذمة صاحبه من دين نفقتها لأن قضاء الدين يكون مما فضل عن النفقة • فتقديم النفقة على قضاء الدين يكون دفعا للضرر •

٥ ـ ألا يترتب عليها محظور دينى[52] :

يشترط لوقوع المقاصة الجبرية الا يترتب عليها محظور • ومثال ذلك ما اورده صاحب كشاف القناع فى هذا الخصوص[53] حين قال « اذا كانا (اى الدينان) أو كان أحدهما دين سلم فلا مقاصة ولو تراضيا لأنه تصرف فى دين السلم قبل قبضه وهو غير صحيح » •

---

(٥١) راجع ، كشاف القناع للبهوتى ، الجزء الثالث ، مشار اليه من قبل ، الموقع السابق •

(٥٢) راجع فى هذا الشرط ، محمد سلام مدكور ، الجزء الاول من بحثه عن المقاصة فى الفقه الاسلامى ، مشار اليه من قبل ، رقم ١١٠ ، ص ٨٥ •

(٥٣) راجع كشاف القناع للبهوتى ، الجزء الثالث ، مشار اليه من قبل ، الموقع السابق •

ويلاحظ بعد كل ما تقدم ، أن شروط المقاصة القانونية تلتقى فى مجموعها مع شروط المقاصة الجبرية فى الفقه الاسلامى ٠

٣٦١ ـ حالات منع فيها الفقه الاسلامى وقوع المقاصة الجبرية استثناء :

اذا كان الأصل هو وقوع المقاصة الجبرية بمجرد توافر شروطها السابقة ، فالفقه الاسلامى منع ـ وعلى سبيل الاستثناء ـ وقوعها فى الحالات الآتيـــة :

١ ـ لو كان للمودع لديه دين فى ذمة المودع فلا تقع المقاصة الجبرية بين الدينين دين المودع لديه ويتمثل فى التزامه بالرد ودين المودع قبل المودع لديه(٥٤) ٠

٢ ـ لا تقع المقاصة الجبرية ايضا بين المال المغصوب من جهة ـ والغاصب يلتزم برده ـ وما للغاصب فى ذمة المغصوب منه من جهة اخرى(٥٥) ٠

ويلاحظ ان القانون المدنى قد استثنى الحالتين السابقتين ايضا من وقوع المقاصة القانونية ولو توافرت شروطها وذلك فى المادة ٤٢٧/أ ، ب مدنى كويتى ، ٣٦٤/أ ، ب مدنى مصرى كما عرضنا لهما من قبل ٠

---

(٥٤) راجع الاشباه والنظائر لابن نجيم ، مشار اليه فيما سبق ، الموقع السابق ٠ ونصت على هذه الحالة الاستثنائية ايضا المادة ٢٢٨ من مرشد الحيران ونصها كالآتى « اذا كان للمستودع دين على صاحب الوديعة والدين والوديعة من جنس واحد فلا تصير قصاصا بالدين الا اذا اجتمعا وتقاصا ٠٠٠ » ٠

(٥٥) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، الموقع السابق ٠ ونصت على هذه الحالة المادة ٢٢٩ من مرشد الحيران « اذا كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة من جنسها فلا تصير العين قصاصاً فى دينه الا اذا تقاصا ٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠ » ، راجع ايضا : حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار مشار اليها من قبل ، الجزء الخامس ، الموقع السابق ـ وهو ما قال به صاحب كشاف القناع من الحنابلة ٠ حيث « يتساقط الدينان بفعل المقاصة ان اتفقا قدرا او بقدر الاقل منهما اذا كان احد الدينين اكثر من الآخر » ٠٠ راجع كشاف القناع للشيخ البهوتي ، مشار اليه من قبل الموقع السابق ٠

٣٦٢ ـ ثالثا – آثار المقاصة الجبرية :

يترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما • وقد اوضحت هذا الأثر المادة ٢٢٧ من مرشد الحيران بقولها « انما تقع المقاصة بقدر الأقل من الدينين •••• » وعلى ذلك ينقضى بها الدين الأقل كليا وما يقابله من الدين الأكبر الذى ينقضى جزئيا ، كما هو واضح ، فان اثر المقاصة القانونية فى القانون المدنى كما عرضنا له فى المادة ٢/٤٢٨ مدنى كويتى ، ٣٦٥ مدنى مصرى لا يختلف عن اثر المقاصة الجبرية فى الفقه الاسلامى •

المطلب الثانى

الوفاء بمقابل فى الفقه الاسلامى

٣٦٣ ـ عرف الفقه الاسلامى الوفاء بمقابل باعتباره سببا ينقضى به الالتزام • والوفاء بمقابل فى هذا الفقه يعني ـ كما سنرى عند بيان تطبيقاته فيه ـ رضاء الدائن فى استيفاء حقه بشىء آخر غير الشىء المستحق له أصلا • وهو المعنى الذى أخذت به المادة ٤١٤ من القانون المدنى الكويتى (م ٣٥٠ مدنى مصرى) •

وقد عبر الفقه الاسلامى عن الوفاء بمقابل بتعبير الاستبدال ومنه الشافعية فقد جاء فى الاشباه والنظائر للسيوطى أنه « لا يصح بيع الدين بالدين قطعا » واستثنى منه الحوالة للحاجة وأما بيعه لمن هو عليه فهو الاستبدال »(٥٦) • فالاستبدال على هذا النحو ، وهو بيع دين لمن هو عليه ينبنى على أن الدين يستبدل به عوض آخر(٥٧) • وهذا هو جوهر الوفاء بمقابل • وهذا الاستبدال قد يكون صلحا وبه يتحدد تطبيق من تطبيقات الوفاء بمقابل فى الفقه الاسلامى وذهب الى ذلك المالكية • فقد قال ابن جزى المالكى ، الصلح على نوعين الثانى منهما « صلح على عوض فهذا يجوز الا ان ادى الى حرام وحكمه حكم البيع سواء كان فى عين أو دين فيقدر المدعى به »(٥٨) •

وعند الحنفية ، نجد الاستبدال عبارة عن صلح أيضا فلو كان المدعى به عينا معينة دارا أو ارضا أو عرضا وأقر المدعى عليه بها للمدعى وصالحه عنها بنقود معلومة أو بعقار معلوم أو عرض معلوم صح الصلح ويكون حكمه حكم البيع (م ١٠٣٠ من مرشد الحيران) •

---

(٥٦) الاشباه والنظائر للسيوطى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٣٠ •

(٥٧) مع ملاحظة انه لا يجوز الاستبدال فى السلم • راجع فى هذا الخصوص • الاشباه والنظائر للسيوطى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٣١ •

(٥٨) قوانين الأحكام الفقهية ومسائل الفروع الفقهية ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٦٦ •

وعند الحنابلة نجد ايضا ان « الصلح عن الحق المقربه على غير جنسه معاوضة يصح بلفظ الصلح · فالصلح عن نقد بنقد صرف وعن نقد بعرض او عن عرض بنقد أو عن عرض بعرض بيع أو عن عرض أو نقد بمنفعة أو اجارة فيشترط لصحته ما يشترط لصحة هذه العقود ··· » (م· ١٦٢٦ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل) · ونصت المادة ١٦٢٨ من هذه المجلة ايضا على أنه « يصح الصلح عن الدين بغير جنسه مطلقا ، وبشيء فى الذمة ايضا كأن يصالحه عن دينار فى ذمته باردب من قمح أو نحوه فى الذمة · لكن يشترط القبض قبل التفرق »([٥٩]) ·

وبين لنا من كل ما تقدم ان الصلح لدى الجمهور فى الفقه الاسلامى يعد فى جوهره استبدالا ويمثل بمضمونه وفاء بمقابل · فالصلح وهو معاقدة يتوصل بها الى موافقة بين مختلفين([٦٠]) أو وهو عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما([٦١]) يؤدى الى نتيجة هى : ان الدين يستبدل به عوض آخر فلو كان النزاع على عقار مثلا اقر المدعى عليه به للمدعى به وصالحه عنه بنقود معلومة كان معنى ذلك أن الدائن باستحقاق العقار قد رضى فى استيفاء حقه هذا بشيء آخر غير المستحق أصلا · وهذا هو الوفاء بمقابل · ولكن يلاحظ أن الفقه الاسلامى يجرى على هذه الحالة حكم البيع – وخاصة من حيث شروط الصحة – وهذا واضح عند المالكية والحنفية والحنابلة على ما قدمنا · ويقترب منه فى ذلك القانون المدنى وقد طبق على الوفاء بمقابل وفى انتاجه لآثاره على وجه الخصوص أحكام البيع فى المادة ٤١٥ مدنى كويتى (م· ٣٥١ مدنى مصرى) ·

---

(٥٩) يلاحظ ما نصت عليه المادة ١٦٢٧ من نفس المجلة من انه « لا يصح الصلح عن حق بجنسه اذا كان اكثر منه ······· » · وراجع ايضا المادة ١٦٢٠ من المجلة المذكورة ايضا ·

ومن تطبيقات ذلك فى المملكة العربية السعودية : اذا اصطلح شخص مع آخر عن دين بدين اقل منه من جنسه لم يصح الصلح لامرين :

١ – أن ذلك بيع دين بدين ·

٢ – الربا · راجع فى هذا التطبيق : تعميم سماحة رئيس القضاة رقم ٣١٧ وتاريخ ١٣٧٧/١١/٢٢ · مجموعة الانظمة واللوائح والتعليمات ، وزارة العدل ، فهرس اهم التعاميم الصادرة بتوقيع سماحة رئيس القضاه ، ص ٩٤ ·

(٦٠) راجع نص المادة ١٦١٦ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد ابن حنبل فى تعريفها للصلح ·

(٦١) راجع نص المادة ١٠٣٦ من مرشد الحيران فى تعريفها للصلح ·

٣٦٤ ـ ويمكن ان نضيف ايضا ما نعتقـد انه من تطبيقات الوفاء بمقابل في نصــوص مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل بخصوص القرض بصفة خاصة • وجاء بها انه « لا يصح اشتراط المقرض رد مال القرض بعينه » (م• ٧٤٦) • وجاء أيضا « لا يلزم المقترض رد عين مال القرض ولو كان باقيا ••• » (م• ٧٤٨) • وجاء ايضا أنه يجـوز للمقترض « ان يقضى خيرا ممــا أخـذ او دونه برضاهما ولو بزيادة او نقص في القـدر أو الصــفة من غير شرط ولا مواطـأة • مثلا لو اقرضــه زيوفا او مالا فقضاه جيدا أو زاده عمــا آخـذ أو بعكس ذلك من غير اتفــاق سابق جاز وحـل للمقرض » (م• ٧٥٣) • والمعنى الواضح لكل ذلك أن المدين اى المقترض «هـو ملتزم بالوفاء ورد القرض ليس ملزما ان يرد مال القرض بعينه بل يمكن أن يؤدى عـوضا آخر يسمى بدل القرض بشرط التراضى • وبدل القرض على حـد قـول المـادة ٧٢٥ من المجـلة المذكورة « هـو المـال الذى يرده المقترض الى المقرض عوضا عن القرض » • وخلاصــة ذلك أن الدائن المقرض قـد رضى في استيفاء حقـه بشيء آخر غـير الشيء المستحق أصــلا • وهـذا هـو الوفاء بمقــابل •

المطلب الثالث

اتحـــاد الذمة فى الفقه الاسلامى

٣٦٥ ـ اتحـاد الذمة ، ويعنى اجتماع صفتى الدائن والمدين فى شخص واحـد بالنسبة لنفس الدين ، معروف فى الفقـه الاسلامى كسبب ينقضى به الالتزام . وندلل على ذلك بتطبيقات تضمنتها بعض كتب هذا الفقه

٣٦٦ ـ واول هـذه التطبيقات جاء فى كتب المـالكية :

ورد فى قـوانين الأحكام الشرعية لابن جزى المـالكى(٦٢) .

« اذا كان على أحـد الورثة دين للمتوفى جمع مـع سـائر التركة وقسم المجموع على الفريضة . فان صار للمـديان من التركة مثل دينه اسقطت سهمه ودينه وقسمت باقى التركة على سـائر الورثة ، وان صار له اكثر من دينـه اخـذ الزائد من التركة وقسمت الباقى على سائر الورثة وان صار له اقـل من دينـه اسقطت ما صار من دينـه وتبعـه سائر الورثة بالباقى على محاصتهم فيقسمون المـال الحاضر على سهامهم دونه » .

واذا امعنا النظر فى هـذا النص الفقهى ، وجـدنا اتحـاد الذمة ـ ويعنى اجتماع صفتى الدائن والمدين فى شخص واحـد بالنسبة لنفس الدين ـ وقـد تحقق بالميراث فى حالة وفاة الدائن ووراثته من المدين حيث تجتمع فى الأخـير صفتا الدائن والمدين وتفصل الأمر حسبما جاء به النص المشار اليـه فى فرضين على النحـو التـالى :

الفرض الأول ـ اذا تعـدد الورثة وكان المدين واحـدا منهم :

هناك احتمالات ثلاثة :

١ ـ وفيـه تكون قيمة الدين على المدين الوارث اكبر من حصته فى التركة فينقضى دينه بالقـدر الذى اتحـدت فيـه الذمة . وانقضاء الدين يكون جزئيا ويرجـع عليـه الورثة بالجزء الباقى .

---

(٦٢) قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى . مشار اليه من قبل ص ٤٣٣ ـ ٤٣٤ .

٢ ـ وفيه يكون قيمة الدين على المدين الوارث أقل من حصته فى التركة قيمة • وينقضى دينه بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة • ومن ثم انقضاء الدين يكون كليا • ويأخذ ما تبقى من تركته زائدا بعد سقوط الدين •

٣ ـ وفيه تكون قيمة الدين على المدين الوارث مساوية لحصته فى التركة قيمة • حيث ينقضى الدين بالقدر الذى تحدث فيه الذمة وعلى ذلك فالانقضاء كلى •

الفرض الثانى : أن يكون المدين وارثا وحيدا :

لا تثور فى هذا الفرض الاحتمالات التى ذكرناها فى الفرض السابق • فالوارث اجتمعت فيه صفتا الدائن والمدين • فقد آل اليه حق مورثه ـ الذى كان فى ذمته قبل الوفاة ـ تركه وهو الوارث الوحيد • وذلك بغض النظر عن قيمة الدين وبغض النظر أيضا عما اذا كان الدائن المتوفى قد ترك اموالا اخرى الى جانب حقه فى ذمة مورثه أيا كانت قيمتها • ففى كل هذه الأحوال وما يتفرع عنها من احتمالات لا يعقل أن يطالب الوارث نفسه •

ويبدو لنا أن الشافعية يتفقون مع المالكية فيما سبق • جاء فى الاشباه والنظائر للسيوطى « وافتى السبكى •••• والف فى ذلك كتابا سماه (منية الباحث عن دين الوارث) ولخصه فى فتاويه فقال :

« يسقط من دين الوارث ما يلزمه اداؤه من ذلك الدين ، لو كان لأجنبى ، وهو نسبة ارثه من الدين ، ان لم يزد الدين على التركة ، ومما يلزم الورثة اداؤه منه ان زاد ويرجع على بقية الورثة ببقية ما يجب أداؤه منه على قدر حصصهم وقد يقضى الأمر الى التقاص اذا كان الدين لوارثين ، فاذا كان الوارث حائزا أولا دينا لغيره ودينه مساو للتركة أو اقل سقط وأن زاد سقط مقدارها ويبقى الزائد ••• »[٦٣] •

٣٦٧ ـ ومن التطبيقات ايضا ما جاء فى كتب الحنفية بخصوص الكفالة والحوالة •

وعن الكفالة[٦٤] :

ذكرت المادة ٨٧٣ من مرشد الحيران انه اذا مات الدائن المكفول دينه وانحصر ميراثه فى المديون برىء كفيله من الكفالة ••• » •

---

(٦٣) الاشباه والنظائر للسيوطى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٢٢ •

(٦٤) جاء ذلك فى الفصل الخاص بالابراء من كفالة المال فى مرشد الحيران •

ومفهوم ذلك أن براءة الكفيل وهو الفرع تتبع براءة الأصل وهو المدين وبراءة المدين ترجع الى انقضاء دينه باتحاد الذمة · اذ هو الوارث الوحيد للدائن وتجتمع فيه صفتا الدائن والمدين · فقد ملك ما فى ذمته[٦٥] ·

اما لو كان للدائن وارث آخر يبرأ الكفيل من حصة المديون فقط وجاء هذا الحكم فى نهاية المادة السابقة لمرشد الحيران[٦٦] ·

وعن الحوالة :

نصت المادة ٩٠٩ من مرشد الحيران فى صدرها على أنه « اذا مات المحتال وكان المحتال عليه وارثا له بطل ما كان للمحيل على المحتال عليه ···· » ·

ومعنى ذلك أنه بوفاة المحتال والمحتال عليه هو وارثه الوحيد ، فان الدين ينقضى كليا بالنسبة للأخير باتحاد الذمة · اما اذا كان للمحتال وارث آخر فلا ينقضى الدين بالنسبة للمحتال عليه الابالقدر الذى اتحدت فيه الذمة ، أى بحدود حصته فى الميراث ومن ثم فالانقضاء هنا يمكن أن يكون جزئيا اذا تصورنا ان قيمة الدين اكبر من حصة المحتال عليه الوارث قيمة · وانقضاء دين المحتال عليه بقدر حصته اذا كان هناك وارث آخر للمحتال جاء فى نهاية المادة المذكورة من مرشد الحيران · وقد اجملت الأحكام السابقة بخصوص الحوالة المادة ٧٠٠ من مجلة الأحكام العدلية اذ قالت « لو توفى المحال له وكان وارثه المحال عليه لا يبقى حكم الحوالة »[٦٧] ·

٣٦٨ – تطبيقات اخرى لاتحاد الذمة فى الفقه الاسلامى :

ما جاء بخصوص فسخ الاجارة اذا تملك المستاجر العين المؤجرة · وفى هذا نصت المادة ٤٤٢ من مجلة الأحكام العدلية على ما يأتى :

« لو ملك المستاجر عين المأجور بارث أو هبة يزول حكم الاجارة » ·

ومعنى ذلك أن الاجارة تنفسخ فى الفقه الحنفى أو تملك المستأجر عين المأجور · وعلة ذلك ترجع الى اتحاد الذمه · فقد اجتمعت فى شخص

---

(٦٥) راجع الحكم المماثل فى المادة ٦٦٧ من مجلة الاحكام العدلية وشرح سليم رستم باز ص ٣٦٧ – ٣٦٨ شرح المجلة · مشار اليه من قبل ·

(٦٦) راجع حكم مماثل فى المادة ٦٦٧ من مجلة الأحكام العدلية ، وشرح سليم رستم باز ، ص ٣٦٨ شرح المجلة ، مشار اليه من قبل ·

(٦٧) راجع سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٨٣ ·

واحـد صفتا المؤجر والمستأجر • وينطبق ذلك سواء كان انتقال الملك للمستأجر بالارث أو الهبة وينطبق ايضا ولو كان الملك انتقل للمستاجر بالشراء(٦٨) •

وعلى ما يبـدو ، فقـد اخـذ الحنـابلة – في رأى لهم – بالحكم السابق ايضا فقـد جاء في القواعـد لابن رجب ما يأتي : « لو اشترى المستأجر العـين المستأجرة من مؤجرها ففى انفساخ الاجارة وجهان حكاهما الأصحاب وربمـا حكى روايتان » (احـدهما) ينفسخ لانه ملك الرقبة فبطل ملك المنفعة كما لو اشترى زوجتـه » • والثانى « لا ينفسخ وهـو الصحيح ••• »(٦٩) والظاهر ان مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد ابن حنبل قـد اخـذت بالقـول الثانى وعـدم انفساخ الاجارة فقـد نصت المـادة ٥٥٧ من هـذه المجلة على ما يأتي : « لا تنفسخ الاجارة بانتقـال المـأجور من ملك المؤجر مطلقا سواء كان الانتقال بفعـل المؤجر ام لا ، وسواء الانتقال الى ملك المستأجر أو غيره فـلا تنفسخ ببيع المؤجر العين ولا بهبته ، ولا بوقفـه ، ولا بانتقالها من ملكه بارث او وصـية او نكاح او خلع او صلح او نحـوه » •

ويتضح لنـا من كل ما تقـدم ، أن اتحـاد الذمة الذى تكلم عنه المشرع المدنى في المـادة ٤٣٣ من القانون المدنى الكويتي والمـادة ٣٧٠ مدنى مصرى لا يختلف في طبيعته وكيفية تحققه عن اتحاد الذمة كما عرفه الفقـه الاسلامى ، بل اننا لا نتردد في القـول بأن القانون قـد اخـذ احكام انقضاء الالتزام باتحاد الذمة عن الفقـه الاسـلامى •

---

(٦٨) راجع سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار اليه من قبل ، ص ٢٤٩ •

(٦٩) القواعد في الفقه الاسلامى ، لابن رجب الحنبلى ، مشار اليه من قبـل ، القاعدة الخامسة والثلاثون ، ص ٤٣ •

المطلب الرابع

التجـديد والانابة فى الفقه الاسلامى

٣٦٩ ـ مبـدأ التجـديد :

أن انقضاء الالتزام بالتجـديد ليس غريبا عن الفقـه الاسلامى • وليس أدل على ذلك ممـا جاء به مرشـد الحيران وقـد خصص فصلا « فى تجـديد الدين » •

ونصت المـادة ٢٥٠ منه وهى أول نص فى هـذا الفصل على ما يأتى :

« يجـوز فسخ عقـد المداينة الأولى وتجـديدها فى عقـد آخر بتراضى المتـــداينين » •

ومفاد النص انه يجـوز بتراضى الطرفين احـلال دين جـديد محل آخر قـديم يختلف عنه • وهـذا هـو التجـديد فى القانون المدنى باعتباره سببا لانقضاء الإلتزام على ما فصلنا من قبـل •

ومثال التجـديد فى الفقـه الاسلامى ، أن يكون زيد مدينا لبكر بمـائة أردب من القمح فيتفقان على أن يلتزم المدين بشعير تساوى قيمته قيمة القمح بدلا منه وكأن يكون زيد مدينا لبكر بمبلغ نقـدى أجرة منزل أستأجره زيد مملوك لبكر فيتفق معـه على أن يبقى ذلك الدين بذمته على سبيل القرض(٧٠) •

٣٧٠ ـ تطبيقـات التجـديد :

ومن تطبيقات التجـديد فى الفقـه الاسلامى ما جاء فى المذهب الحنفى ونصت عليه المـادة ١٧٦ من مجلة الأحكام العـدلية من أنه اذا تكرر عقـد البيع بتبديل الثمن أو تزييده أو تنقيصه يعتبر العقـد الثانى فلو تبايع رجلان مالا معلوماً بمائة غرش ثم بعـد انعقاد البيع تبايعا على ذلك المـال بذهب من ذوات المـائة أو بمائة وعشرة أو بتسعين غرشا يعتبر العقـد الثانى(٧١) ، ففى هـذا الفرض ينفسخ العقـد الأول والعبرة بالعقـد الثانى •

---

(٧٠) راجع : احمد ابراهيم بك ، الالتزامات فى الشرع الاسلامى ، ص ٢٣٦ •

(٧١) راجع سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار اليه من قبـل ، ص ٨١ ويقـول ان المراد بتبديل الثمن تبديل جنسه •

وقريب من ذلك ما هـو معروف لدى الحنابلة ونصت عليه المـادة ٣٧١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل من أنه « لو عقـدا بيعـا سرا ثم عقـداه فى مدة خيار المجلس أو الشرط علانية بأكثر أو أقـل فاللازم هـو الثانى ... »(٧٢) ٠

٣٧١ ـ آثار التجـديد :

وعن آثار التجـديد فى الفقـه الاسلامى فقـد حصرها صاحب مرشـد الحيران فى المـادتين ٢٥١ ، ٢٥٢ فالنص الأول أبرز للتجـديد أثرين أحـدهما مسقط والآخر منشىء وجاء به : « اذا فسخ عقـد المداينة الأولى وصار تجـديده بعقـد آخر سـقط الدين الواجب بالعقـد الأول وترتب على المدين دين جـديد بالعقـد الثـانى » ٠

وعلى هـذا النحـو ، فان سـقوط الالتزام القـديم يجسد الأثر المسقط للتجـديد ، أما نشؤ الالتزام الجـديد فيمثل الاثر المنشىء ٠ وقـد تناولنا الأثرين فى القانون المدنى ونصت عليهما المـادة ٤١٩ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ١/٣٥٦ مدنى مصرى) ٠

وقرين هـذه الآثار ، مسألة انتقال التأمينات التى كانت تضمن الوفاء بالدين القـديم الى الدين الجـديد ٠ فقـد ذكر النص الثانى من مرشـد الحيران أعنى نص المـادة ٢٥٢ انه « اذا كان الدين الأول مكفولا وفسخ عقـده وصـار تجـديده بعقـد آخر بطلت الكفالة وبرىء الكفيل فلا يطالب بالدين الحاصـل بالعقـد الجـديد الا أن جـددت الكفالة » ٠

ومفهوم النص أن التأمينات الشخصـية مثل الكفالة يشملها الأثر المسقط للتجـديد ٠ أى أنها تسقط تبعـا لسقوط الدين القـديم ولا تنتقل لتضمن الدين الجـديد الا اذا تم تجـديدها ٠ وواضح أن المـادة ٤٢١ من القـانون المدنى الكويتى قـد أخـذت بهـذا الحكم ٠

٣٧٨ ـ الانابة :

يرى العلامة السنهورى أن الانابة فى الوفاء وخاصة الإنابة القاصرة تتضمنها حـوالة الدين فى الفقـه الإسـلامى ٠ فمن المقرر فى هـذا الفقه ، أن

---

(٧٢) راجع ايضا نص المادة ٣٦٨ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل بخصوص اعتبار الزيادة والحط فى الثمن والمبيع فى مدة خيار المجلس او الشرط والحاقها بالاصل فيصير الثمن والمبيع ما تراضيا عليه اخيرا ٠

الدين ينتقل بالحوالة كما سنرى فيما بعد • ويكاد يجمع الفقه الاسلامى بجميع مذاهبه على ان الأثر الجوهرى لحوالة الدين يتمثل فى انتقال الدين والمطالبة به الى ذمة المحال عليه • الا نفر من الأحناف ذهب الى غير ذلك • فقال زفر انه لا يترتب على الحوالة انتقال الدين ولا المطالبة به • أما محمد فيرى ان الذى ينتقل بالحوالة ، ليس الدين ، وانما المطالبة به(73) • ومؤدى ذلك ان الدائن يرجع على المحال عليه أولا لأن المطالبة انتقلت ولم تبق عند المدين• فان توى الدين عند المحال عليه ، يرجع الدائن على المدين الأصلى ، اذ تعود المطالبة بالتوى الى المدين لتنضم الى الدين كما كانت • ويقول العلامة السنهورى : لعل حوالة الدين ، عند محمد ، هى ضرب من الانابة القاصرة ، ينيب فيها المدين المحال عليه فى الوفاء بالدين عن طريق نقل المطالبة اليه فيرجع الدائن (المناب) هنا ايضا على المحال عليه (المناب لديه) أولا ، فان توى الدين عنده رجع على المدين (المنيب)(74) •

---

(73) راجع فيما بعد ، حوالة الدين فى الفقه الاسلامى _آثارها •

(74) السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٢٤٠ ، ص ٤٢٨ ، هامش رقم (٢) •

الفصـــل الثالث

انقضـــاء الالتزام دون وفاء

٣٧٩ ـ تقســـيم :

ينقضى الالتزام دون وفاء فى القـــانون المدنى والفقـــه الاسلامى بعـــدة طرق هى الابراء واستحالة التنفيذ ومنع سماع الدعـــوى بمرور الزمن (التقـــادم) •

ونتكلم عن هـــذه الطرق فى القـــانون فى مباحث ثلاثة : ونـخصص المبحث الرابع لدراســـة هـــذه الطرق فى الفقه الاسلامى •

المبحث الأول

الابـــراء

LA REMISR DE DETTE

٣٨٠ ـ تعــريف :

يمكننا تعريف الابراء بأن عبارة عن نزول الدائن عن حقه قبـل المدين دون مقابل يتقاضاه منه أو من غيره ٠

٣٨١ ـ خصــائص الابراء :

١ ـ فالابراء تصرف قانونى يتم بالارادة المنفردة وهى ارادة الدائن اذ لا دور لرضاء المدين فى وجـوده ٠ واذا كان رضاء المدين ليس شرطا فيه على هـذا النحـو ، فيجب أن يلاحظ أن الابراء لا يرتب آثاره الا اذا اتصـل بعلم المدين ونصت على ذلك المـادة ١/٤٣٥ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ٣٧١ مدنى مصرى) ٠

ويلاحظ أن الفقه الفرنسى[1] يرى فى الابراء عقـدا أو اتفاقا ، يتم بتبادل التعبير عن ارادتى الدائن والمدين ٠ فالارادة الواحـدة لا تكفى ٠

٢ ـ يعـد الابراء من أعمال التبرع ، ولا يكون الا كذلك ومن ثم يخضع للقواعـد الموضوعية التى تحكم التبرعات من حيث توافر أهليـة التبرع فى جانب المتبرع على وجـه الخصوص ،ونصت على ذلك المـادة ٤٣٦ من القانون المدنى الكويتى (م٠ ١/٣٧٤ مدنى مصرى) ٠

ويرى بعض الشراح فى فرنســا أن الابراء يمـكن أن يكـون تبرعا أو بمقــابل[2] ويلاحظ أن وجـود المقــابل يجعل الأمر من قبيل التجـديد أو الوفاء

---

(1) CARBONNIER : op. cit., n. 137, p. 538. راجع فى ذلك
MARTY et RANYAUD : op. cit., n. 847, p. 853.
MAZEAUD : op. cit., n. 1195, p. 1102.
SAVA TIER : op cit., n. 321, p. 388.

(2) CARBONNIER : op. cit. راجع فى ذلك
MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 848, p. 853-854.

بمقابل • وهذا رأى الأستاذة مازو الذى لا يكون الابراء فى نظرهم الا تبرعا(٣) •

٣ ــ لا يخضع الابراء لأى شرط شكلى ونصت على ذلك المادة ٤٣٦ من القانون المدنى الكويتى (م• ٢/٣٧٢ مدنى مصرى) بقولها : « لا يشترط فيه (الابراء) اى شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان » •

٣٨٢ ــ آثار الابراء :

يترتب على الابراء انقضاء الدين أو الالتزام ولكن يلاحظ أن الابراء لا ينتج اثره المرجو الا اذا اتصل بعلم المدين كما ذكرنا •

والدين اذ يسقط بالابراء ، يسقط معه ما كان يضمنه من تأمينات وما كان يرد عليه من دفوع • وتجدر الاشارة الى أن الابراء يرتد برد المدين كما ذكرنا •

اى أن للمدين رفض الابراء وفى هذه الحالة لا يترتب اثره • فاذا رده المدين ، ترتب على ذلك اعادة الالتزام بما كان يضمنه من تامينات وما كان يرد عليه من وقوع • ونصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ من القانون المدنى الكويتى • ويلاحظ أن القانون المدنى المصرى وان تكلم عن الرد فى المادة ٣٧١ الا انه لم يتناول صراحة آثاره كما فعل نظيره الكويتى على النحو المتقدم •

٣٨٣ ــ الابراء فى المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية :

تناول المشروع الابراء باعتباره سببا لانقضاء الالتزام ، ونصت المادة ٣٦١ منه على ما يأتى « ينقضى الالتزام اذا ابرأ الدائن مدينه مختارا ، ويتم الابراء متى وصل الى علم المدين ، ويرتد برده » •

---

(3) MAZEAUD : op. cit.,

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣٧١ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق الفقرة الأولى من المـادة ٤٣٥ من القانون المدنى الكويتى ٠

كما نصت المـادة ٣٦٢ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ تسرى على الابراء الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع ٠
٢ ـ ولا يشترط فيـه شكل خاص ، ولو وقـع على التزام يشـترط لقيامه شكل فرضـه القانون أو اتفق عليه المتعاقـدان » ٠

وهـذه المـادة تطابق المـادة ٣٧٢ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المـادة ٤٣٦ من القانون المدنى الكويتى ٠

المبحث الثانى

اسـتحالة التنفيـذ

Impossibilité d'exécution

٣٨٤ ـ يقضى الالتزام اذا استحال على المدين الوفاء به بسبب أجنبى لا يد له فيه (م٠ ٤٣٧ مدنى كويتى ـ ٣٧٣ مدنى مصرى) ٠ وحتى ينقضى الالتزام على هـذاالنحـو ، ينبغى توافر الشروط الآتية ٠

١ ـ ان يكون الوفاء بالالتزام مستحيلا وليس مرهقـا :

فالالتزام ينقضى ـ على حـد تعبير النص ـ اذا استحال على المدين الوفاء به ، فلو كان الوفاء بالالتزام أى تنفيذه أمرا ممكنا لكنه مرهق للمدين فان الالتزام لا ينقضى ٠

٢ ـ ان تكون الاستحالة دائمـة وليست مؤقتـة :

فلو كانت مؤقتة ترتب عليها وقف التنفيذ وبصورة مؤقتة أيضا ٠ ومن ثم فالالتزام لا ينقضى بها ٠ وبدهى فان الاستحالة الدائمة التى ينقضى بهـا الالتزام ، هى التى تطرأ بعد نشوئه ٠ اذ لا يتصور نشوء الالتزام وهنـاك استحالة سابقة على نشوئه ٠

٣ ـ ان تكون الاستحالة بسبب اجنبى لا يد للمدين فيه :

ومثال السبب الأجنبى : القـوة القاهرة أو الحادث المفاجىء وخطـأ الدائن وخطـأ الغير بشرط الا يكون ضمن الغير الذى يسأل عنه هـذا المدين ٠

٣٨٥ ـ ولكن يلاحظ أن هناك حالات لا ينقضى فيها الالتزام على الرغم من استحالة تنفيذه بسبب أجنبى وهى حالات يكون المدين فيها قـد ارتكب خطـأ قبـل استحالة التنفيذ هـذه ٠ مثال ذلك ما نصت عليه المـادة ١/٢٨٧ من القانون الكويتى (م٠ ١/٢٠٧ مدنى مصرى) ٠ من أنه « اذا التزم المدين ان يسلم شيئا ولم يقم بتسليمه بعد اعذاره ، كان هلاك الشىء عليـه ولو كان هـلاكه قبـل الاعـذار على الدائن » ٠

والمعنى الواضح لذلك أنه اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه بسبب اجنبى كما لو هلك الشىء لهذا السبب ، وكان قد ارتكب خطأ يتمثل فى ان الدائن قد اعذره قبل ذلك بالتسليم ولم يقم به ، فان الالتزام لا يسقط • صحيح ان تنفيذه عينا قد غدا غير ممكن ، لكن يلتزم المدين بالتعويض • ذلك أن استحالة التنفيذ تظل ـ ولئن كانت بسبب أجنبى ـ معزوة الى المدين • وعلة ذلك انه قد ارتكب خطأ يتمثل فى عدم قيامه بالتسليم رغم الاعذار •

٣٨٦ ـ يترتب على استحالة تنفيذ الالتزام بسبب اجنبى بتوافر الشروط السابقة ، انقضاء هذا الالتزام ، بحيث تبرأ ذمة المدين منه ، وفى نفس الوقت لا يمكن أن يلتزم بتعويض وهذا هو الاصل •

ويترتب على انقضاء الالتزام أن تنقضى معه التأمينات التى كانت تضمنه وقد تضمنت الأثر السابق لاستحالة النفيذ المادة ٤٣٧ من القانون المدنى الكويتى (م• ٣٧٣ مدنى مصرى) •

٣٨٧ ـ استحالة التيفيذ فى المشروع المصرى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية :

نصت المادة ٣٦٣ من المشروع على انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ اذ قالت : « ينقضى الالتزام اذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه » •

وهذه المادة تطابق المادة ٣٧٣ من القانون المدنى المصرى الحالى ، كما تطابق المادة ٤٣٧ من القانون المدنى الكويتى •

المبحث الثالث

مرور الزمان المـانع من سماع الدعـوى

٣٨٨ ـ تمهيـــد وتقســـيم :

أخـذت غالبية التقنينات المدنية ، لا سيما العربية منها ، بفكرة التقادم المسقط للحق باعتباره سببا لانقضاء الالتزام • وتعني هذه الفكرة انقضـاء حـق لم يطالب به صاحبه مدة معينة مـع ملاحظـة أن المقصود هـو الحـق الشخصي • وتنبني هذه الفكرة على اعتبارات عملية حاصلها احترام الاوضاع المستقرة حماية للثقـة المشروعة في التعامل(٤) •

وقـد رتأى المشرع المدني الكويتي أن غكرة التقـادم وما تنبني عليه مى اعتبارات ـ هي عملية فحسب تتجاهل اعتبارات أدبية وأخلاقية ينبغي أن تسود التعامل • وآثر نهج الفقـه الاسلامي في هـذا المجال ، اقتداء بالقانون المدني العراقي الذي سبقه الى ذلك • وهـو ما أخـذ به مشروع القانون المدني الجـديد في مصر ، على خـلاف القانون المدني المصري الحالي •

والسائد في الفقه الاسلامي أن الحـق لا ينقضي ولا يسقط بتقـادم الزمان ، ولكن يترتب على مرور الزمان مدة معينة منـع سماع الدعـوى بالحـق اذا الحق في الفقه الاسلامي لا يسـقطه تقـادم الزمن بل هـو لاصـق بذمة من هـو عليـه لمن هـو له حتى تبرأ ذمته بالاستيفاء أو الابراء • ومرور الزمن (التقـادم) يؤثر في منع سماع الدعـوى اذا كان المدعى عليه منكرا لهـذا الحـق(٥) •

والامر على هـذا النحو من قبيل الاستحسان ووجهه منع التزوير والحيل لأن ترك الدعوى مع التمكن من قيامها يدل على عـدم وجـود الحق

---

(٤) راجـع السـنهوري ، الوسـيط ، ج ٣ ، رقم ٥٩١ ، ص ٩٩٤ وما بعـدها التقادم المسقط والاعتبارات التي يقوم عليها •

(٥) احمد ابراهيم بك ، الالتزامات في الشرع الاسلامي ٢٢٧ •

ظاهرا حتى اذ انتفت العلة وجب سماع الدعوى مهما طالت مدة تركها فمنع سماع الدعوى بالحق لا ينبنى على بطلانه وانما هو مجرد منع القاضى من سماعها مع بقاء الحق لصاحبه حتى لو اقر به الخصم لزمه ، ومنع القاضى من سماع الدعوى فى هذا المقام هو من قبيل تخصيص قضائه بالزمان والمكان والخصومة(٦) .

وسوف نبحث الموضوع من خلال نصوص التقنين المدنى الكويتى فى النقاط التالية ونخصص لكل منها مطلبا .

أولا : المدة المقررة لعدم سماع الدعوى .

ثانيا : وقف وانقطاع مدة عدم سماع الدعوى .

ثالثا : آثار مضى المدة المقررة لعدم سماع الدعوى .

---

(٦) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ص ٢٠٦ .

المطلب الأول

المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى

٣٨٩ – حدد المشرع المدنى الكويتى المدة اللازمة لمنع سماع الدعـوى – كأصـل عام – بخمس عشرة سنة • الا انه قـد وجـد ان عادات النـاس واعرافهم جرت بالنسبة لأنواع معينة من الحقوق الشخصية على مبـادرة اصحابها باستيفائها ، وعـدم قعـود الملزمين بها طـويلا دون الوفاء بهـا وذلك بالنظر الى ما لهذه الحقوق من طبيعة خاصـة • ولذا فانه لم يلتزم – استثناء – بشأن تلك الطائفة من الحقوق بالمدة المقررة لمنع سماع الدعـوى المعينة – كأصـل عام – بخمس عشرة سنة بل جعـل مناط عـدم سماع الدعوى بالنسبة لكل نوع منها مدة أقل من ذلك تناسب مجريات التعامل فيها والمـألوف فى الوفاء بها مـع مراعاة ظروف من يقـع عليهم الالتزام بكل منها • وسوف نتناول الأصـل العام وما عليه من استثناءات •

٣٩٠ – الأصـل العام فى شأن المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى :

وضـع المشرع المدنى الكويتى الاصل العام بشأن المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى وضمنه نص المـادة ٤٣٨ ويقضى بانه « لا تسمع عند الانكار الدعـوى بحـق من الحقوق الشخصية بمضى خمس عشرة سنة وذلك فيما عـدا الأحـوال التى يعين فيها القانون مدة أخرى والاحـوال المنصوص عليها فى المواد التاليـة » •

والمعنى الواضح للنص أنه بمرور خمس عشرة سنة لا يسمع القاضى عند الانكار الدعـوى بحـق من الحقـوق الشخصية وهـذا هـو الأصـل العام(٧) • الا أن المشرع بعـد أن حـدد المدة على النحو السابق فى صـدر النص استطرد الى الاستثناءات الواردة عليها •

٣٩١ – الاستثناءات على الأصـل العام :

استثنى المشرع من الأصـل العام السابق الأحـوال التى يعين فيهـا القانون مدة اخرى والأحـوال المنصوص عليها فى المـواد التالية للنص السابق الذى تضمن الأصـل العام •

---

(٧) وقد اخضـع المشرع لهذا الاصـل العام ايضـا الريع فى ذمة الحائز حسن النية والريع الواجب على نظار الوقوف اداؤه للمستحقين • المـادة ٢/٤٣٩ •

فالقانون قد يحدد مدة اخرى لمنع سماع الدعوى بالحق والمقصود هنا القوانين الخاصة التى تتضمن نصوصا تحدد مدة أخرى لمنع سماع الدعوى • مثل القانون التجارى •

أما النصوص التالية على حد قول النص المشار اليه من قبل ، فهى تتضمن بعض الحقوق استثناها المشرع المدنى من الأصل العام لاعتبارات ذكرناها من قبل • ونتناول المدة المقررة لمنع سماع الدعوى منها مقتصرين عليها دون غيرها التى نصت عليها قوانين خاصة •

ونحن نقتصر فى دراستنا لهذه الاستثناءات على ما جاء به القانون المدنى الكويتى منها ، نشير – اجمالا – الى أنه قد جعل المدة للبعض منها خمس سنوات وجعلها للبعض الآخر سنة واحدة •

٣٩٢ – أولا – منع سماع الدعوى عند الانكار بمضى خمس سنوات :

١ – الحقوق التى لها صفة الدورية والتجدد :

استثنى المشرع المدنى الكويتى الحقوق الدورية المتجددة من الأصل العام فى تحديد المدة المقررة لعدم سماع الدعوى، • اذ قرر فى الفقرة الاولى من المادة ٤٣٩ ان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بحق دورى متجدد هى خمس سنوات • والحق يكون دوريا اذا استحق فى مواعيد متتالية يفصل بينها وحدة زمنية معينة : أسبوع أو شهر أو سنه • وقد تنشأ الدوريه عن الاتفاق أو القانون • ومثال الاول – على حد ما جاء بالنص السابق – أجرة المبانى والأراضى الزراعية •

ومثال الثانية – كما ذكر النص المشار اليه ايضا – المرتبات والمعاشات • ويكون الحق متجددا اذا كان الوفاء به فى موعد معين لا ينتقص من أصله مثل الأجور والمرتبات •

٢ – حقوق أصحاب المهن الحرة :

حدد المشرع المدة المقررة لمنع سماع الدعوى عند الانكار بالنسبة لحقوق أصحاب المهن الحرة بخمس سنوات • وذلك فى المادة ٤٤٠ من القانون المدنى الكويتى ومثل لها فى النص بحقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ومديرى التفليسة والسماسرة والمعلمين • ومما يدل على أن المشرع قد أراد – بذكر هؤلاء فى النص – التمثيل لا الحصر أنه قال « وغيرهم مما

يزاولون المهن الحرة » • ويلاحظ أن المشرع قد عاد وقرر عدم سماع الدعوى بسند حرر بحق من هذه الحقوق الا بانقضاء خمس عشرة سنة وذلك فى الفقرة الثانية من المادة ٤٤٣ •

٣ ـ الضرائب والرسوم المستحقة للدولة :

لا تسمع عند الانكار دعوى المطالبة بالضرائب وللرسوم المستحقة للدولة بمضى خمس سنوات • وكذلك يكون الحكم اذا كانت للدعوى بالمطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق ونصت على ذلك المادة ٤٤١ من القانون المدنى الكويتى •

٣٩٣ ـ ثانيا : منع سماع الدعوى عند الانكار بمضى سنة واحدة :

نصت المادة ٤٤٢ من القانون المدنى الكويتى على عدم سماع الدعوى عند الانكار بانقضاء سنة واحدة اذا كانت بحق من الحقوق الآتية :

(أ) حقوق التجار والصناع عن اشياء وردوها لاشخاص لا يتجرون مثال ذلك حق القصاب وتاجر المواد الغذائية •

(ب) حقوق اصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الاقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم •

(جـ) حقوق خدم المنازل ومن فى حكمهم مثل البستانى والطاهى والسائق الخاص وحارس المنزل الخصوصى •

ولكن يلاحظ أن المشرع عاد وقرر فى الفقرة الثانية من المادة ٤٤٣ من القانون المدنى الكويتى عدم سماع الدعوى بسند حرر بحق من هذه الحقوق الا بانقضاء خمس عشرة سنة •

٣٩٤ ـ بدء سريان مدة عدم سماع الدعوى وكيفية حسابها :

ضمن المشرع المدنى الكويتى فى المادة ١/٤٤٥ القاعدة العامة فى تحديد بدء سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى قولا بأن هذه المدة لا تبدأ فى

السريان الا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء ما لم ينص القانون على خلاف ذلك(٨) ٠

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ من القانون المدنى الكويتى على انه لو كان ميعاد الوفاء متوقفا على ارادة الدائن سرت المدة منذ الوقت الذى يكون فيه للدائن أن يعلن ارادته وينطبق هذا الوقت عادة على تاريخ نشوء الالتزام ٠ ومن ثم فلا عبرة بالوقت الذى يختاره الدائن للمطالبة بالوفاء ، تجنبا لتحكم الدائن فى تحديد التاريخ الذى تبدأ به جريان مدة عدم سماع الدعوى(٩) ٠

واذا كانت القاعدة فى بدء سريان مدة عدم سماع الدعوى تحدد بدء سريان المدة باستحقاق حق الدائن الا أن المشرع قد خرج عليها بنص خاص يتعلق ببعض الحقوق ٠ فقد نص فى الفقرة الأولى من المادة ٤٤٣ على أنه بالنسبة للحقوق المنصوص عليها فى المادة ٤٤٠ (حقوق أصحاب المهن الحرة) والمادة ٤٤٢ (وهى كل الحقوق التى لا تسمح الدعوى بها بمضى سنة كما ذكرنا) فان مدة عدم سماع الدعوى بها لا تبدأ فى السريان الا من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقدماتهم ولو استمروا فى اداء تقدمات أخرى ٠

وتحسب المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالأيام لا بالساعات ويغفل اليوم الأول وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم فيها ٠ هذا ما نصت عليه المادة ٤٤٤ من القانون المدنى الكويتى ٠ واعتمد المشرع التقويم الميلادى فى حساب كافة المدد التى تكلمنا عنها ٠

---

(٨) فقد ينص القانون احيانا ولاعتبارات معينه على جعل بدء سريان المدة فى تاريخ لاحق لاستحقاق الدائن حقه كما هو الأمر بالنسبة للالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع ولا تسرى المدة بالنسبة لها الا من الوقت الذى يعلم فيه الدائن بقيام الدين وبالشخص المسئول عنه ٠ ويمكن ايضا وعلى اساس بعض الاعتبارات أن يبدأ سريان المدة فى وقت سابق لاستحقاق الدائن حقه ٠ ومن ذلك على سبيل المثال النص الذى منع سماع الدعوى بالنسبة لملحقات الدين تبعا لمنع سماعها بالنسبة الى الدين ذاته مع أن استحقاقها يكون لاحقا فى الغالب لاستحقاق الدين ٠

راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، مشار اليها من قبل ، ص ٢٠٨ ٠

(٩) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى مشار اليها من قبل ، الموقع السابق ٠

وتجـدر الاشارة وبمناسبة مدة عـدم سماع الدعـوى أيضا ، أن المشرع قـد أورد فى الفقرة الأولى من المـادة ٤٥٣ من القانون المدنى الكويتى حكما يقضى باعتبار جميع النصـوص المحـددة للمـدد المقررة لعـدم سماع الدعـوى متعلقـة بالنظـام العام ومن ثم لا يجـوز أن يتفق الأفراد على مخالفة أحكامها ٠

وما ينبغى أن يلاحظ فى هـذا المقام أنه يتعين علينا الا يختلط بين تعلق تحـديد المـدة بالنظام العام من جهة وبين منع سماع الدعـوى ذاته من جهـة أخرى وهو لا يتعلق بالنظام العام ٠ اذ نصت الفقرة الاولى من المـادة ٤٥٢ من القانون المدنى الكويتى على أنه « لا يجـوز للمحكمة أن تقضى بعـدم سماع الدعـوى بمرور الزمن من تلقـاء نفسها ٠ وانمـا يكون ذلك بنـاء على طلب المدين أو دائنه أو أى شخص له مصلحة ولو لم يتمسك به المدين » ٠

المطلب الثانى

وقف وانقطاع مدة عدم سماع الدعوى

٣٩٥ - تقسيم :

بعد أن تبدأ فى السريان - وفقا للقواعد التى تناولناها - المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، قد يطرأ ما يؤثر على هذا السريان فى استمراره . ويتخذ التأثير أما مظهر الوقف وأما مظهر الانقطاع . ونعرض لهما فى غرعين مستقلين .

الفرع الأول

وقف مدة عدم سماع الدعوى

٣٩٦ - تعريف :

نقصد بوقف مدة عدم سماع الدعوى ، أن يطرأ بعد بدء سريانها او قبله وفقا للقواعد المقررة - ما يؤدى الى تعطيل استمرار هذا السريان أو بدئه ، بحيث لو زال سبب التعطيل تستأنف المدة سريانها من جديد حتى تستكمل امتدادا لما تم منها قبل هذا التعطيل .

٣٩٧ - اسباب وقف مدة عدم سماع الدعوى :

أوردت المادة ٤٤٦ من القانون المدنى الكويتى وخاصة فى فقرتها الأولى الحكم العام بشأن وقف مدة سماع الدعوى ، ومؤداه : ان وقف سريان المدة يتحقق اذا وجد مانع يستحيل معه على الدائن أن يطلب بحقه فى الوقت المناسب والمانع يكون ماديا او أدبيا . ومثال الأول أن يطرا ما يحول دون الدائن ومثوله أمام المحكمة للمطالبة بحقه ، اما لتعطيل أعمال المحاكم لاسباب عامة أو لتعذر وصوله اليها لنفس الأسباب ايضا .

ومثال الثانى : وجود علاقة تربط الدائن والمدين يشعر معها الدائن بحرج شديد اذا طالب بحقه أمام القضاء . مثل علاقة الزوج بزوجته

واعتبرت الفقرة الثانية من النص المذكور مانعــا يتعــذر معه المطالبة بالحــق عدم توافر الأهلية فى الدائن أو غيبته أو الحكم عليه بعقوبة جناية اذا لم يوجــد نائب يمثله قانونا ٠

وما نود أن ننبه عنه فى هذا المقام ، أن وجود مانع يستحيل معه على الدائن ان يطالب بحقه على نحو ما ذكرت للتو انما يوقف سريان مدة عــدم سماع الدعــوى اياكانت فى قــدرها ٠ أى ســواء كانت المدة محــدودة بخمس عشرة سنة أو كانت محــددة بسنة واحــدة على نحــو ما ذكرنا(١٠) ٠

٣٩٨ - اثر وقف مدة سماع الدعــوى :

اذا قام مانع من الموانع السابقة ترتب على ذلك وقف المدة المقررة لعدم سماع الدعــوى ٠ وهــذا يعنى - على ما أوضحنا - عــدم استمرار سريان المــدة اذا كان قد بدأ أو تأخر بدء سريانها اذا لم يكن قــد بدأ ٠ وهــذا يفترض بطبيعة الحال أن المــانع ما زال قائمــا ٠

ويترتب على ذلك بحكم المنطق انه اذا قام المــانع بعــد بدء سريان المدة فان سريانها يقف ويستمر موقــوفا باستمرار قيام المــانع ٠ فاذا زال المــانع استأنفت المدة سريانها وصــولا الى استكمالها وفقــا للقواعــد المقررة قانونا ٠ ويدخــل فى حسابها ما سرى منها قبل قيام المــانع ولا يدخــل فيهــا فترة الوقف ذاتها وهى فترة قيام المــانع حتى زواله ٠

ويلاحظ هنا ، أن المــادة ٤٤٧ من القانون المدنى الكويتى قــد أوردت حكما يقضى بأنه لو كان وقف سريان مــدة عــدم ســماع الدعوى يرجــع الى سبب شخصى قام بأحــد الشركاء فى الدين فلا يفيــد من هــذا الوقف الشركاء الآخرين الذين لم يتحقق بهم سببه ٠ فلو وقف سريان المدة بالنسبة الى بعض ورثة الدائن فان المدة لا توقف بالنسبة الى بقية الورثــة ٠

---

(١٠) قارن حكم المــادة ٢/٣٨٢ مدنى مصرى بخصــوص التقــادم ونقضى بعــدم وقف التقادم فى حق الدائن ناقص الاهلية او الغائب او المحكوم عليه بعقوبة جناية ولا يوجــد من يمثله قانونا الا اذا كانت المــدة المقررة تزيد على خمس سنوات ٠

الفرع الثانى

انقطاع مدة عـدم سماع الدعـوى

٣٩٩ ـ تعـريف :

نقصد بانقطاع المـدة المقررة لعدم سـماع الدعوى ، أن يطرأ بعد بدء سريانها سبب يؤدى الى الغاء ما سرى منها بحيث اذا زال السبب تبـدأ المدة فى السريان من جـديد دونما اعتبار لما سرى منها قبـل ذلك • وفى هـذا يختلف الوقف ـ كما رأينـا ـ عن الانقطـاع •

٤٠٠ ـ اسباب انقطاع مدة عـدم سماع الدعوى :

تكلم المشرع المدنى الكويتى فى المـادتين ٤٤٨ ، ٤٤٩ عن أسباب انقطاع مدة عـدم سماع الدعـوى وحصرها فى أسباب منها ما يتعلق بالدائن ومنها ما يتعلق بالمـدين •

٤٠١ ـ أولا ـ أسباب الانقطاع المتعلقـة بالدائن :

١ ـ المطالبـة القضـائية :

قررت المـادة ٤٤٨ من القانون المدنى الكويتى انقطاع المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى بالمطالبة القضائية •

والمطالبة القضائية التى تقطع تكون بذات الحـق موضوع عـدم سماع الدعـوى به لانكاره وتتم بمطالبة الدائن بحقه أمام القضـاء • ويترتب الانقطاع على هـذه المطالبة ـ بهذا المعنى ـ كلما توفر فيها معنى الطلب الواقـع فعـلا للمحكمة والجازم بالحـق الذى يراد اقتضاؤه •

ويلاحظ أن المطالبة القضائية تقطع التقـادم ولو كانت امام محكمـة غير مختصة ونص المـادة ٤٤٨ صريح فى ذلك • وعلة ذلك أن هـذه المطالبة تدل بل تقطع ـ ولا يؤثر فى ذلك عدم اختصاص المحكمة ـ بنية الدائن فى سعيه للحصول على حقـه •

ويترتب على الانقطاع اثره - كما سنبين ميما بعـد - بالمطالبة ويستمر مع استمرارها حتى يتم الفصل فى الدعوى بهـذه المطالبة والفصل فيها يكون بالحكم ٠ فاذا كان الحكم لمصلحة الدائن فالنتيجة زوال الأثر المترتب وهـو الانقطاع لتبدأ المـدة المنقطعة فى السريان من جـديد دونما اعتبار لما كان منها قبـل حصـول الانقطاع بالمطالبة اما لو كان الحكم ضـد المدين أى برفض طلبـه زال كل اثر للمطالبة القضائية وتعتبر كان لم تكن ومن ثم تعتبر المـدة وكانها لم تنقطع أصلا ٠ ونفس الأمر ولو كان قبول الدعوى شـكلا ٠ ويتصور ايضا أن يكون حكم المحكمة بعدم الاختصاص فى الحالة التى تكون فيها المطالبة أمام محكمة غير مختصة ٠ فهـذه المطالبة تقطع المدة كما رأينـا مع انها امام محكمة غير مختصة ٠ ولما كان الأمر كذلك ، فان الحكم بعـدم الاختصاص من شانه أن يزيل الانقطاع وتبدأ المـدة التى قطعت فى السريان من جـــــديد(١١) ٠

٢ - اعـلان السند التنفيذى (التنبيه) :

قـد يكون الدائن فى غير حاجة للمطالبة القضائية ٠ ويحدث ذلك لو كان حقه ثابتا بسند تنفيذى ٠ ويترتب الانقطاع فى هذه الحالة على قيام الدائن باعـلان السند التنفيذى الى المدين ٠ وغير خاف أنه اجراء يعـد من مقـدمات التنفيذ ٠ ونصت على اعـلان السند التنفيذى كسبب للانقطاع المـادة ٤٤٨ من القـانون المـدنى الكويتى ٠

٣ - الحجــــز :

نصت المـادة ٤٤٨ من القانون المدنى الكويتى صراحة على انقطاع المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى بالحجز ٠ ويحـدث الحجز اثره هـذا ، سـواء كان حجزا تنفيذيا او حجزا تحفظيا ٠

٤ - طلب الدائن قبـول حقـه فى التفليس :

تنقطع مدة عدم سماع الدعوى - بصراحة النص السابق - بالطلب الذى يتقـدم به الدائن لقبـول حقـه فى تفليسة المدين أو فى توزيع ٠ وحسبما صرح به النص السابق أيضا فان المدة تنقطع بأى عمـل يقـوم به الدائن للتمسك بحقـه اثنـاء السير فى احـدى الدعاوى ٠ كما لو تدخـل الدائن للتمسك بحقـه فى دعـوى مرفـوعة على المدين من شخص آخر ٠

---

(١١) راجع ، محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٤٠٨ ، ص ٤٠٩ : ص ٤١٠ ٠

٤٠٢ ـ ثانيا ـ اسباب الانقطاع المتعلقة بالمدين :

نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٤٩ من القانون المدنى الكويتى على انقطاع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى اذا اقر المدين بحق الدائن وعلة ذلك أن اقرار مثل هذا يتضمن معنى النزول عن الجزء الذى انقضى من المدة قبل ذلك • والاقرار يكون صريحا أو ضمنيا • ويعتبر اقرارا ضمنيا ـ على حد قول الفقرة الثانية من النص السابق ـ أن يكون للمدين مالا مرهونا رهنا حيازيا الى الدائن ضمانا للدين أو كان الدائن قد حبس المال تحت يده تبعا لحقه فى عدم رده حتى يستوفى الدين المرتبط به • فان ترك المدين لماله فى الحالين يعتبر اقرارا ضمنيا بالدين يكون من شأنه استدامة الانقطاع طالما بقى المال فى حيازة المرتهن أو تحت يد الحابس تقديرا بأن الاقرار بهذه المثابة يبقى مستمرا مهما طالت المدة على استحقاق الدين •

٤٠٣ ـ آثار انقطاع مدة عدم سماع الدعوى :

اذا تحقق سبب من أسباب الانقطاع السابقة ترتب على ذلك انقطاع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى • ولازم ذلك ـ على ما بينا من قبل ـ الغاء ما كان من هذه المدة قبل تحقق سبب الانقطاع • وأنه بزوال هذا السبب تبدأ فى السريان ومن جديد المدة بعدم سماع الدعوى ، ولا يدخل فيها مدة قيام سبب الانقطاع • والأصل ، أن مدة عدم السماع تبدأ فى السريان من جديد ـ بزوال سبب الانقطاع ـ بنفس قدر المدة الأولى • ونصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة ٤٥٠ من القانون المدنى الكويتى اذ قالت : اذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، بدأت مدة جديدة من وقت انتهاء الاثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون المدة الجديدة مماثلة للمدة الأولى •

واستثناء على هذا الأصل ذكرت الفقرة الثانية من النص السابق حالتين تختلف فيهما مدة عدم سماع الدعوى بعد الانقطاع عنها قبله •

الحالة الأولى :

اذا حكم بالحق وحاز الحكم قوة الأمر المقضى ، فان مدة عدم سماع الدعوى التى تبدأ فى السريان من جديد بعد زوال سبب الانقطاع تكون لخمس عشرة سنة بغض النظر عن القدر الكامل للمدة التى طرأ عليها الانقطاع من قبل • وعلى أية حال فانه لما كانت المدة الجديدة ـ حسب النص ـ خمس عشرة سنه ، فان ذلك يفترض أن القدر الكامل للمدة التى طرأ عليها الانقطاع من قبل أقل من خمس عشرة سنة •

ولكن يلاحظ أن الاستثناء فى هــذه الحالة ويقضى باعتبار مدة عــدم السماع الجديدة خمس عشرة سنة لا يسرى على ما تضمنه الحكم بالحــق - الذى حاز قــوة الأمر المقضى - من التزامات دورية متجــددة تكون مستحقة الأداء بعــد صــدوره ٠

الحــالة الثانية :

اذا كان الحــق ممــا لا تسمع به الدعــوى بمرور خمس سنوات كما هــو الأمر بالنسبة للحقــوق الواردة فى المــادة ٤٤٠ وسبق دراستها أو كان الحــق ممــا لا تسمع به الدعــوى بمرور سنة كما هــو الحال بالنسبة للحقوق الواردة فى المــادة ٤٤٢ وسبق دراستها ، فان استئناف سريان المدة بعــد الانقطاع يكون خمس عشرة سنة اذا كان هذا الانقطاع باقرار المدين ٠

المطلب الثالث

آثار مضى المدة المقررة لعــدم سماع الدعــوى

٤٠٤ ـ يترتب على مضى المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى واكتمالها اثر جـوهرى يتمثل فى منع سماع الدعـوى بأصــل الحـق وكذا ملحقاته • الا ان ذلك يفترض التمسك بمنع سماع الدعـوى وعـدم التزول عنه • ونبحث ذلك تباعـا •

٤٠٥ ـ اولا ـ منع سماع الدعـوى بأصل الحق وملحقاته :

يترتب على مضى المـدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى واكتمالها عـدم سماع الدعـوى بالحـق • وهـذا يعنى أن مرور الزمن فى القانون المدنى الكويتى ليس من شأنه ـ بخلاف التقــادم ـ أن يسقط الحـق • وقـد أخـذ هـذا القانون بأحكام الفقه الاسلامى فى هـذا المجال • اذ الحـق فيــه على ما سنرى ـ لا يسقطه تقــادم الزمن بل هــو لاصق بذمة من هــو عليه لمن هــو له • لكن تقــادم الزمن أو مروره انمــا يمنع سماع الدعـوى اذا كان المدعى عليــه منكرا للحــــــــق •

وهـذا الاثر ، أعنى منع سماع الدعـوى ، يشمل الدعـوى بأصــل الحـق وملحقاته • اذ تضمنت المـادة ٤٥١ من القانون المدنى الكويتى حكما يقضى بأن عـدم سماع الدعـوى بأصــل الحـق انمــا يستتبع عـدم سماعها بالنسبة للملحقات ولو كانت المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى بشأن هــذه الملحقات لم تكتمل بعــد •

٤٠٦ ـ ثانيا ـ التمسك بمنــع سماع الدعـوى :

لكى يترتب الأثر السابق ، اعنى منع سماع الدعـوى بأصــل الحــق وملحقاته كما ذكرنا ، يشترط ـ اضافة الى اكتمال مضى المدة ـ التمسك بمنع سماع الدعـوى هــذا • والتمسك بمنع سماع الدعـوى يكون بناء على طلب المدين أو أى شخص آخر له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين (م• ١/٤٥٢ مدنى كويتى) وصاحب المصلحة يمكن أن يكون دائن هــذا المدين • هــذا عن التمسك بمنع سماع ومن له التمسك •

اما عن كيفية ذلك ، فانه غالبا ما يكون عن طريق دفع يتقدم به المدين الى المحكمة اذا ما طالبه الدائن ٠

ويلاحظ ان وجوب التمسك بمنع سماع الدعوى على النحو السابق يرتبط به أو يتفرع عنه حكم آخر اوردته الفقرة الاولى من المادة ٤٥٢ ايضا ويقضى بأنه لا يكون للمحكمة أن تقضى بعدم سماع الدعوى بمرور الزمان من تلقاء نفسها ٠ ومفاد ذلك ان عدم سماع الدعوى بمرور الزمن لا يتعلق بالنظام العام ٠ مع ملاحظة مانوهنا عنه من قبل بخصوص المدة المقررة لمنع سماع الدعوى وتتعلق بالنظام العام ٠

٤٠٧ ـ ثالثا : عدم النزول عن الدفع بعدم سماع الدعوى :

أن منع سماع الدعوى بأصل الحق وملحقاته كأثر لمضى المدة المقررة لعدم سماع الدعوى هذا ٠ والأصل فى هذا الخصوص أوردته الفقرة الأولى من المادة ٤٥٣ من القانون المدنى الكويتى وتقضى بعدم جواز التنازل عن الدفع بعدم سماع الدعوى لمرور الزمن قبل ثبوت الحق فيه ٠ وعلة ذلك ـ على حد ما جاء بالمذكرة الايضاحية ـ انه لو اجيز النزول المسبق لأصبح شرطا مألوفا يمليه الدائن على المدين وقت نشوء الدين فضلا عن انه يهدد الاعتبارات التى يقوم عليها هذا الدفع بمنع سماع الدعوى ٠

الا أن المشرع قد أجاز فى الفقرة الثانية من النص المذكور النزول عن الدفع بمنع سماع الدعوى لمرور الزمن وذلك بعد ثبوت الحق فيه ٠ ويكون النزول صريحا أو ضمنيا ٠

ويشترط فى هذا النزول ـ ابتداء ـ أن يكون بعد ثبوت الحق فى التمسك بمنع سماع الدعوى ٠ كذلك يشترط أن يصدر ـ على حد تعبير تلك الفقرة الثانية ـ ممن يملك التصرف ٠ ومفاد ذلك أن الأهلية المطلوبة لصحة النزول هى أهلية التصرف ٠ ويشترط فى النزول أخيرا الا يضر بسائر الدائنين ٠ ويكون الاضرار بنزل المدين عن التمسك بمنع سماع الدعوى بالنسبة لدائن معين وهو مما يضر بباقى الدائنين ٠

٤٠٨ ـ عدم سماع الدعوى لمرور الزمن فى المشروع المصرى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية :

يأخذ القانون المدنى المصرى الحالى بمبدأ سقوط الحق الشخصى بالتقادم ٠ ولكن المشروع يأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوى لمرور الزمن ٠

فمرور الزمن لا يؤثر ـ حسب ما استحدث المشروع من أحكام فى هذا الصدد ـ على وجود الحق ذاته • والمشروع بذلك يكون قد أخذ بمبدأ تقره الشريعة الاسلامية •

اولا ـ نصت المادة ٣٦٤ من المشروع على المبدأ بقولها : « لا تسمع الدعوى بالتزام على المنكر بعد تركها خمس عشرة سنة بغير عذر شرعى ، فيما عدا الحالات التى وردت فيها أحكام خاصة ، وفيما عدا الاستثناءات التالية » •

والنص يقرر القاعدة بشأن منع سماع الدعوى بالحق لمرور الزمن وقدره خمس عشرة سنة ، الا فى الأحوال التى يحدد فيها القانون مددا أخرى كما هو الأمر فى المواد التالية لهذه المادة •

وهذه المادة المقترحة من المشروع تقابل المادة ٣٧٤ من القانون المدنى المصرى الحالى • مع ملاحظة مبدأ سقوط الحق بالتقادم فى هذه المادة ، بخلاف المادة المقترحة وقد أخذت ـ على ما ذكرنا ـ بمبدأ عدم سماع الدعوى لمرور الزمن مع الانكار وانعدام العذر • وذلك جريا على أحكام الفقه الاسلامى •

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٣٨ من القانون المدنى الكويتى •

ثانيا ـ نصت المادة ٣٦٥ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ لا تسمع الدعوى على المنكر بحق دورى متجدد ، كأجرة المبانى والأراضى الزراعية والمرتبات والمعاشات ، بعد تركها خمس سنوات بغير عذر شرعى •

٢ ـ ولا تسمع الدعوى على المنكر بالريع المستحق فى ذمة الحائز سىء النية أو الريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين بعد تركها خمس عشرة سنة بغير عذر شرعى » •

وهذه المادة تقابل المادة ٣٧٥ من القانون المدنى المصرى الحالى • وهى تطابق المادة ٤٣٩ من القانون المدنى الكويتى •

أما المـادة ٣٦٦ من المشروع فقـد نصت على ما يأتى :

« لا تسمع الدعـوى على المنكر بعـد تركها خمس سنوات بغير عـذر شرعى ، اذا كايت بحـق من حقـوق الأطبـاء والصـيادلة والمحـامين والمهندسين والخبراء والأساتذة والمعلمين ووكلاء التفليسة والسماسرة وغيرهم ممن يزاولون المهن الحرة ، على أن تكون هـذه الحقوق مستحقة لهم عما أدوه منعمل من اعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات » ٠

والمـادة تقـابل المـادة ٣٧٦ من القانون المدنى المصرى ألحالى ٠ وتطابق المـادة ٤٤٠ من القانون المدنى الكويتى ٠

ونصت المـادة ٣٦٧ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ــ لا تسمع على المنكر دعـوى المطالبة بالضرائب والرسـوم المستحقة للدولة بعـد تركها خمس سنوات بغير عـذر شرعى ٠ وتبـدأ هـذه المدة فى الضرائب والرسوم السنوية مـع نهاية السنة التى تستحق عنها ، وفى الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعـة فى الدعـوى التى حررت فى شأنها هـذه الأوراق ، أو من تاريخ تحريرها اذا لم تحصـل مرافعة ٠

٢ ــ وكذلك يكون الحكم بالنسبة الى دعـوى المطالبة برد الضرائب والرسـوم التى دفعت بغير حـق ٠ وتبـدأ المـدة المذكورة من يوم دفـع هـذه الضرائب والرسـوم ٠

٣ ــ ولا تخـل الأحكام السابقة بالأحكام الواردة فى قـوانين خاصة » ٠

وهـذه المـادة تقـابل المـادة ٣٧٧ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ وهى تطـابق المـادة ٤٤١ من القانون المدنى الكويتى ٠

ثالثا ــ نصت المـادة ٣٦٨ من المشروع على انه : « لا تسمع عند الانكار الدعـوى بانقضاء سنة واحـدة اذا كانتبحـق من الحقـوق الآتية :

(أ) حقوق التجـار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فى هـذه الأشياء ، وحقـوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الاقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحسـاب عملائهم ٠

(ب) حقوق العمال والخـدم والاجراء ، من أجـور يومية وغير يومية ، ومن ثمن ما قاموا به منتوريدات » ٠

والمـادة تقـابل المـادة ٣٧٨ من القانون المدنى المصرى الحالى • وهى تطـابق الفقرة الأولى من المـادة ٤٤٢ من القانون المدنى الكويتى •

رابعا – وعن بدء سريان المدة المقررة لمنع سماع الدعـوى :

نصت المـادة ٣٦٩ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ تبـدأ المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى فى الحقـوق المذكورة فى المـادتين ٣٦٦ ، ٣٦٨ من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقـدماتهم ولو استمروا يقـدمون تقـدمات أخرى •

٢ ـ واذا حرر سند بحـق من هـذه الحقوق فلا يمتنع سماع الدعـوى به الا بانقضاء خمس عشرة سنة » •

والمـادة تقـابل المـادة ٣٧٩ من القانون المدنى المصرى الحالى • وهى تطابق المـادة ٤٤٣ من القانون المدنى الكويتى •

وفى بدء سريان المدة ايضا نصت المـادة ٣٧٠ على ما يأتى :

« ١ ـ تبـدأ المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى ، فيما لم يرد فيـه نص خاص ، من اليـوم الذى يصبح فيـه الدين مستحق الأداء •

٢ ـ فبالنسبة الى دين معلق على شرط واقف تبدأ المدة من الوقت الذى يثبت فيـه الاستحقاق •

٣ ـ واذا كان تعيين ميعاد الوفاء متوقفا على ارادة الدائن ، تبـدأ المدة من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من اعـلان ارادته » •

وهـذه المـادة تقـابل المـادة ٣٨١ من القانون المدنى المصرى الحالى • ولكنها تطـابق المـادة ٤٤٥ من القانون المدنى الكويتى •

خامسا ـ وفى كيفية حساب المدة المقررة لمنع سماع الدعـوى :

نصت المـادة ٣٧١ من المشروع على أنه : « تحسب المدة التى تمنع من سماع الدعـوى بالأيام ، ولا يحسب اليوم الأول منها ، وتكمل بانقضـاء يوم آخر منها » •

وهـذه المـادة تقـابل المـادة ٣٨٠ من القانون المدنى المصرى الحالى ·
وهى تطابق المـادة ٤٤٤ من القانون المدنى الكويتى ·

وفى هـذا الاطار استحدث المشروع المـادة ٣٧٢ ويجرى نصها على النحو التـــــالى :

« لا تسمع الدعـوى اذا تركها السلف مدة ، ثم تركها الخلف من بعـده مدة أخرى ، اذا بلغ مجموع المـادتين الحـد المقرر لعـدم سماعها » ·

ومؤدى الحكم المستحدث بها ، أنه فى حساب المدة المـانعة من سماع الدعـوى تضم المدة التى ترك السلف الدعـوى خلالها الى المدة التى ترك الخلف الدعـوى خـلالها ايضا ، بحيث لا تسمع الدعـوى اذا بلغ مجموع المدتين قـدر المـدة المـانعة من سماعها ·

سادسا – وعن وقف سريان المدة المقررة لمنع سماع الدعـوى :

نصت المـادة ٣٧٣ من المشروع على ما يأتى : « تقف المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى كلما وجـد عـذر شرعى يتعـذر معـه على الدائن أن يطالب حقـه ، ولو كان هـذا العـذر من قبيل المـانع الادبى الذى يحـول دون المطالبة بالحـق ، وكذلك تقف المدة فيما بين الأصيل والنائب » ·

وهـذه المـادة تقـابل المـادة ٣٨٢ من القانون المدنى المصرى الحـالى ، وهى تطابق ايضا الفقرة الأولى من المـادة ٤٤٦ من القانون المدنى الكويتى ·

سابعا – وعن انقطاع سريان المدة المقررة لمنع سماع الدعـوى :

نصت المـادة ٣٧٤ من المشروع على أنه « تنقطع المدة المقررة لعـدم سماع الدعـوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعـوى الى محكمة غير مختصة ، وبالتنبيه ، وبالحجز ، وبالطلب الذى يتقـدم به الدائن لقبـول حقـه فى تفليس أو فى توزيع وبأى عمـل يقـوم به الدائن للتمسك بحقـه اثناء السير فى احـدى الدعـاوى » ·

والمـادة تقـابل المـادة ٣٨٣ من القانون المدنى المصرى الحالى · وهى تطابق المـادة ٤٤٨ من القانون المدنى الكويتى ·

وفى بيان أسباب الانقطاع ، اضافة الى ما جاء بالمادة سالفة الذكر ، نصت المادة ٣٧٥ من المشروع على ما يأتى :

« ١ - تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى اذا أقر المدين بحق الدائن اقرارا صريحا أو ضمنيا ٠

٢ - ويعتبر اقرارا ضمنيا ان يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين » ٠

والمادة تقابل المادة ٣٨٤ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ ومع ذلك يمكن القول بانها تطابقها لو اخذنا فى الاعتبار استبدال عبارة « المدة المقررة لعدم سماع الدعوى » الواردة فى المادة المقترحة من المشروع بكلمة « التقادم » الوارد فى النص الحالى المذكور ٠

وعلى أية حال ، فان هذه المادة المقترحة من المشروع تطابق أيضا الفقرة الأولى وجانبا من الفقرة الثانية للمادة ٤٤٩ من القانون المدنى الكويتى ٠

وتناول المشروع آثار انقطاع سريان المدة فى المادة ٣٧٦ ونصها كالآتى :

« ١ - اذا انقضت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بدأت مدة جديدة من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون المدة الجديدة مساوية للمدة الأولى ٠

٢ - على أنه اذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى ، أو انقطعت المدة باقرار المدين ، كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة » ٠

وهذه المادة تقابل المادة ٣٧٦ من القانون المدنى المصرى الحالى ، مع ملاحظة اختلافهما بين عدم سماع الدعوى والتقادم ٠ كذلك يلاحظ أن حكم المشروع يقرر أن المدة الجديدة تكون خمس عشرة سنة ولو كانت المدة الأولى أقل من ذلك فى حالة انقطاع المدة باقرار المدين دون تفرقه بين دين وآخر ٠ اما النص الحالى فيقتصر الحكم على الديون التى تتقادم بسنة واحدة ٠

والمادة المقترحة من المشروع تقابل ايضا المادة ٤٥٠ من القانون المدنى الكويتى ٠

ثامنا ـ وعن المدى الذى لا تسمع معه الدعوى :

نصت المادة ٣٧٨ من المشروع على انه « اذا لم تسمع الدعوى بالحق ، فلا تسمع بتوابعه ، ولو لم تكتمل المدة ٠ لعدم سماعها بهذه التوابع » ٠

وهذه المادة تقابل الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ من القانون المدنى المصرى الحالى ٠ الا انها تطابق المادة ٤٥١ من القانون المدنى الكويتى ٠

تاسعا ـ وعن مدى تعلق عدم سماع الدعوى بالنظام العام :

نصت المادة ٣٧٩ من المشروع على ما يأتى :

« ١ ـ لا يجوز للمحكمة ان تقضى من تلقاء نفسها بعدم سماع الدعوى ، بل يجب ان يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنه أو أى شخص آخر له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين ٠

وهذه المادة تطابق المادة ٢٨٧ من القانون المدنى الحالى لو أخذنا فى الاعتبار استبدال عبارة « عدم سماع الدعوى » الواردة بنص المشروع بكلمة « التقادم » الواردة فى النص الحالى ٠ والمادة المقترحة من المشروع تطابق المادة ٤٥٢ من القانون المدنى الكويتى ٠

المبحث الرابع

طرق انقضاء الالتزام دون وفاء

في الفقه الاسلامي

٤٠٩ - تقسيم :

ينقضى الالتزام - دون وفاء - فى الفقه الاسلامى بالابراء واستحالة التنفيذ (١٢) .

اما عن مرور الزمن ، فانه لا يعد - كما أسلفنا - طريقا لانقضاء الالتزام فى الفقه الاسلامى . بل ان مرور الزمن يعد مانعا من سماع الدعوى بالحق . وهى الاحكام التى أخذ بها التقنين المدنى الكويتى ومشروع القانون المدنى الجديد فى مصر . ومن ثم فاننا نقتصر هنا على بيان احكام مرور الزمن وقوفا عليها من مصادرها الاصلية فى الفقه الاسلامى .

ونبحث الابراء واحكام مرور الزمن فى مطلبين :

(١٢) وعن استحالة التنفيذ : فان عدم امكان التنفيذ لهلاك المعقود عليه او تعذر الحصول عليه ، انما يؤدى الى انقضاء الالتزام .

راجع : احمد ابراهيم بك ، الالتزامات فى الشرع الاسلامى ، رقم (٢) ، ص ٢٣٦ .

وراجع فى استحالة التنفيذ ايضا : صبحى محمصانى ، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ، مشار اليه من قبل ، ج ٢ . ص ٤٩٧ وما بعدها .

المطلب الأول

الابراء فى الفقــه الاســلامى

٤١٠ ـ تعريف الابراء وانواعه :

ذكرت المــادة ٢٣٢ من مرشــد الحيران ان الابراء على نوعين ابراء اسقاط وابراء استيفاء وابراء الاسقاط هو أن يبرىء الغريم مديونه من كل الدين ويسقطه عنه أو يحط بعضه عن ذمته ٠ أما ابراء الاستيفاء فهو عبارة عن اقرار الدائن باستيفاء دينه الذى كان له فى ذمة مدينه ٠

والابراء الذى يدخل فى دراستنا باعتباره طريقا لانقضاء الالتزام هــو ابراء الاسقاط[١٣] ٠ وقــد عرفت ابراء الاسقاط ايضا ، المــادة ١٥٣٦ من مجلة الأحكام العــدلية اذ قالت : « ابراء الاسقاط هو أن يبرىء واحد الآخر باسقاط كل حقه قبل ذلك الاخر أو بحط بعضه وهو الابراء المبحوث عنه فى كتاب الصلح »[١٤] ٠

ويمكننا التعرف على الابراء عند الحنابلة من خلال نصوص مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد ابن حنبل ٠ اذ جاء بها أن « الابراء من الدين يصح بلفظه وما يؤدى معناه ٠ فلو قال اسقطته أو تركته أو تصدقت به أو انت فى حل منه صح وبرىء المدين منه » (م٠ ١٦٥٥) ٠ وجاء بها أيضــا

---

(١٣) راجع ، فى الابراء : موسوعة الفقه الاسلامى ، المجلس الاعلى للشئون الاسلامية ، القاهرة ، الجزء الاول ص ١٧٩ ـ ١٩٢ ٠

(١٤) ويقــول ابن جزى المــالكى فى الصــلح « والصــلح على نوعـين : النــوع الأول اسقاط وابراء وهــو مطلقا » راجع القــوانين الفقهية ٠ مشار اليه من قبل ، ص ٣٦٦ ٠

وراجع فى الابراء عند الشافعية : الاشباه والنظائر للسيوطى ، مشار اليه من قبل ، ص ٤٦٢ ، وجاء فى الاشباه والنظائر للسيوطى ايضا (ص ٤٦٠) « ان الصلح اقســام خامسها : ان يكون ابراء بان يصــالح من الدين على بعضــه » وجــوز المــالكية هبــة الدين ٠ راجــع القــوانين الفقهية لابن جزى ، مشار اليــه من قبــل ، ص ٣٩٨ ٠ لا يجيز الشــافعية هبة الدين ٠ راجع الاشباه والنظائر للسيوطى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٣١ ٠

« يصح الابراء من الدين حالا كان أو مؤجلا لكن لا يصح الابراء من الدين قبل وجوبه » (م٠ ١٦٥٦) ٠ وجاء أيضا بهذه المجلة ان الابراء اسقاط ٠ فمتى ابراه من دينه برئت ذمة المدين (م٠ ١٦٥٧) (١٥) ٠

واذا كان الابراء فى الفقه الاسلامى ينقسم عامة الى ابراء اسقاط وابراء استيفاء فان ابراء الاسقاط ـ وهو موضع اهتمامنا ـ يمكن أن يكون مقيدا « فاذا أبرأ الدائن مديونه عن بعض الدين ابراء معيدا بأداء الباقى منه فى وقت معين وصرح بأنه ان لم يؤده فى ذلك الوقت يبقى عليه الدين بحاله وفعل المديون ذلك وأدى الباقى فى ذمته برىء وأن لم يؤده فلا يبرأ ويبقى الدين كله » (م ٢٤٤٠ من مرشد الحيران) ٠

ومن ذلك أيضا « لو حط الدائن عن مديونه بعض الدين على أن يجعل أداء الباقى له ولم يؤقت للأداء وقتا وقبل المديون ذلك فانه يبرأ من الدين ولا يعود عليه سواء أدى الباقى أو لم يؤده » (م٠ ٢٤٥ من مرشد الحيران) ٠ وذكرت المادة ٢٣٦ من مرشد الحيران ما يقابله وهو الابراء العام عن كافة الحقوق والدعاوى ، فلو قال الطالب لمطلوبة لا تعلق لى عليك كان ابراء عاما كقوله لا حق لى قبله(٦١) ٠

وقد أجملت كل ما تقدم احدى المحاكم الشرعية المصرية بقولها « نقل فى التنقيح عن المحقق الشرنبلانى أن البراءة اما عامة يبرأ فيها من الدين والعين فلا حق أو لا دعوى أو لا خصومة قبل فلان ، أو هو برىء من حقى أو لا دعوى

---

(١٥) وجاء بمجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل بخصوص الابراء على أنه هبة دين بعض الاحكام فبعد ان ذكرت المادة ٨٩٣ من هذه المجلة انه « لا تصح هبة الدين لغير المدين » ٠

جاء فى المادة ٨٩٤ منها « هبة الدين للمدين ابراؤه منه وليست هبة حقيقية » ٠

راجع ايضا لدى الحنفية المادة ٨٤٧ من مجلة الأحكام العدلية ونصها كالآتى « اذا وهب احد دينه للمديون او ابرأ ذمته عن الدين ولم يرده المديون صح ذلك وسقط عنه الدين فى الحال » ٠

(٦١) راجع الاشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٠/١٩٨٠م ، ص ٢٦٣ ٠

وقالت احدى المحاكم الشرعية المصرية أن الابراء العام من الدعاوى يمنع من سماع الدعوى الا بسبب حادث بعد البراءة ٠ محكمة المنصورة الشرعية جلسة ١٩٣٠/٥/١ ، ـ راجع ايضا : محكمة اجا الشرعية فى ١٩٣٣/١٠/١٦ ، ـ راجع مع احكام اخرى : مبادئ القضاء الشرعى فى خمسين عاما ، احمد نصر الجندى ، مشار اليه من قبل ، ص ١٠ ـ ١١ ٠

عليه أو لا تعلق لى عليه أو لا استحق عليه شيئا أو ليس لى معه امر شرعى أو ابرائه من حقى · واما خاصة بدين خاص كأبرائه من دين كذا او بدين عام كأبرائه مما لى عليه فيبرأ عن كل دين دون العين واما خاصة بمعين · وذكر العلامة ابن عابدين مثل ذلك وأن البراءة قسمان : براءة اسقاط تسقط الدين عن الذمة مثل اسقطت وحططت ، وبراءة استيفاء مثل ابرأتك براءة استيفاء وهى عبارة عن الاقرار بأنه استوفى حقة وقبضه »(١٧) ·

٤١١ ـ خصائص ابراء الاســـقاط :

١ ـ الابراء تبرع · ودليل ذلك عند الحنفية أنه يشترط لصحته ان يكون المبرىء أهلا للتبرع (م· ٢٣٥ من مرشد الحيران) · ودليل ذلك عند الحنابلة أيضـا ما جاءت به مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل من أنه لا يصح الابراء ممن لا يصح تبرعه (م· ١٦٥٨) ·

٢ ـ يتم ابراء الاسقاط من الدائن دون قبـــول المدين · فعند الحنفية لا يتوقف الابراء على قبول المديون (م· ٢٣٩ من مرشد الحيران) ـ (م· ١٥٦٨ من مجلة الاحكام العدلية) · وعند الحنابلة الابراء اسقاط فلا يفتقر الى القبول (م· ١٦٥٧ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل) · وعند الشافعية لا يشترط القبول فى الابراء على الاصح(١٨) ·

---

(١٧) محكمة كفر الزيات الشرعية ، فى ١٩٤٠/٣/١٩ ، مبادىء القضاء الشرعى فى خمسين عاما ، احمد نصر الجندى ، مشار اليه من قبل ، ص ٢٢ ·

(١٨) الاشباه والنظائر للسيوطى ، مشار اليه من قبل ، ص ٥٢٤ ·

لم يخالف فى ذلك الا المـالكية : راجع الجزىء الثانى من للفروق للامام شهاب الدين الصنهاجى القرافى / دار المعرفة ، بيروت · ص ١٢٠ ـ ١٢١ ·

ويقـول ابن نجيم الحنفى « الابراء لا يتوقف على القبـول الا فى الابراء فى بدل الصرف والسلم كما جاء فى البدائع » الاشباه والنظائر الموقع السابق ـ

٤١٢ ـ صحة الابراء :

يشترط لصحة الابراء ما يلى :

١ ـ فباعتبار الابراء من التبرعات ينبغى ان تتوافر اهلية التبرع لدى المبرىء كما ذكرنا • فلا يصح ابراء الصغير او المجنون • اذ يجب أن يكون المبرىء عاقلا أو مكلفا رشيدا (١٩) •

كما لا يصح ابراء المريض مرض الموت • فالابراء فى مرض الموت المخوف يعتبر عند الحنابلة وصيةتجرى فيه أحكامها (م• ١٦٦٢ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل) • وعند الحنفية لا يصح ابراء المريض فى مرض موته وارثه من الدين الذى له عليه أو بعضه سواء كان على المريض دين ام لم يكن • (م• ٢٤١ من مرشد الحيران) • وعند الحنفية ايضا اذا ابرأ المريض فى مرض موته غير وارثه من الدين الذى له عليه يعتبر ذلك من ثلث تركته بعد وفا ءما يكون عليه من الدين وان كانت التركة مستغرقة بالدين فلا يعتبر ذلك الابراء (م• ٢٤٢ من مرشد الحيران) •

٢ ـ يشترط لصحة الابراء رضا رب الدين عند الحنفية خاصة • فان أكره اكراها معتبرا على ابراء مدينه فلا تبرأ دمته من الدين (م• ٢٤٠ من مرشد الحيران) (٢٠) •

٣ ـ يجب ان يكون المبرأ معلوما ومعينا • ونصت على ذلك المادة ١٥٦٧ من مجلة الاحكام العدلية • فلو قال ابرأت جميع مديونى أو ليس لى

---

(١٩) راجع المادة ١٦٥٨ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل ـ المادة ٢٣٥ من مرشد الحيران ـ المادة ١٥٤١ من مجلة الاحكام العدلية ونصها كالاتى : « لا يصح ابراء الصبى والمجنون والمعتوه مطلقا » •

(٢٠) راجع المادة (١٠٠٦) من مجلة الاحكام العدلية •

عند أحـد حـق فلا يصح ابراؤه ٠٠ أما لو قال أبرأت أهالى المحلة الفلانيـة وكان أهالى تلك المحلة معينين ومعـدودين فيصح الابراء[٢١] ٠

ولا يشترط فى صحة الابراء علم قدر الدين ولا صفته (م٠ ١٦٦٠ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل ٠

٤ ـ يجب فى الابراء الا يكون معلقا على شرط ٠ فالبراءة تفيد ـ عنـد الحنفية ـ معنى التمليك فلا يصـح تعليقها بالشرط (م٠ ٢٤٣ من مرشـد الحيران) [٢٢] ٠

وعند الحنابلة ايضا لا يصح الابراء المعلق على شرط لكن لو علقه على موته كان وصية تجرى فيه إحكامها على ما ذكرنا (م٠ ١٦٥٩ من مجلة الاحـكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل) ٠

٤١٣ ـ آثار الابراء :

يترتب على ابراء الاسقاط متى تم صحيحا سقوط الدين فمن أبرأ شخصا من حق له عليه يصح الابراء عنه سقط عن المبرأ ذلك الحق (م٠ ٢٣٤ من مرشد الحيران) ٠ ونصت على ذلك ايضا المـادة ١٥٦٢ من مجلة الاحكام العـدلية بقولها : اذا ابرأ واحـد آخر من حق سـقط ذلك الحـق ولا يبقى لـه أن يدعى به [٢٣] ٠

---

(٢١) راجع المـادة ٢٣٧ من مرشد الحيران ونصـها كالاتى : « اذا تعدد المبرءون يلزم تعيينهم تعيينا كافيا » ٠ ويقول ابن نجيم « ولو قال الدائن لمديونيه ابرأت احـدكما لم يصح ٠ ذكره فى فتح القدير من خيار العيب « الاشباه والنظائر ، ص ٦٤ » وقالت احـدى المحـاكم الشرعية المصرية « ان الابراء من مجهول صحيح بشرط أن يكون من شخص معين ٠ فالابراء من المجهول صـحيح قضاء وديانة بشرط ان يكون من شخص معين أو قبيلة معينة محصورة ٠ فابراء المجهول ولو من شىء معلوم لا يصح بخلاف ابراء المعلوم ولو من مجهول فانه صـحيح كما فى الخلاصـة » ٠ محكمة العطارين الشرعية ، جلسة ١٩٤٩/١/١٩ ، مبادىء القضاء الشرعى ، مشار اليه من قبل ، ص ١٤ ٠

(٢٢) يقـول ابن نجيم الحنفى فى الاشباه والنظائر « الابراء فيه معنى التمليك ومعنى الاسقاط » ٠ الموقع السابق ٠

(٢٣) وذلك تطبيق لمـا جاءت به المـادة ٥١ من مجلة الاحكام العدلية من ان الساقط لا يعـود كما ان المعدوم لا يعـود « ويقول ابن نجيم فى الاشباه والنظائر » الابراء العام لا يمنع الدعوى بحق قضاء لا ديانة ان كان بحيث لو علم بماله من الحق لم يبرئه فى شفعة الولد الجيـد لكن فى خزانة الفتاوى ، الفتـوى على انه يبرأ قضـاء وديانة وان لم يعلم به » ص ٣٦٥ ، « الدين يسقط بالابراء » ص ٣١٧ ٠

وعند الحنابلة أيضا ، فاذا أمعنا النظر فى المادتين ١٦٥٥ ، ١٦٥٧ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل كما عرضنا لهما من قبل ، وجدنا أن الابراء اسقاط يرتب انقضاء الدين وبراءة ذمة المدين منه ٠

لكن يلاحظ أن أثر الابراء على النحو السابق يفترض – عند الحنفية خاصة – أن المدين لم يرد ٠ اذ الابراء يرتد بالرد عند الأحناف ٠ فقد نصت المادة ٢٣٩ من مرشد الحيران على أن الابراء يرتد برد المدين ٠ وهو ما ذكرته أيضا المادة ١٥٦٨ من مجلة الاحكام العدلية (٢٤)٠ والاصل أن رد الابراء من المدين يكون قبل قبوله له ٠ وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل (م٠ ٢٤٦ من مرشد الحيران) ٠

والخلاصة أنه يتضح لنا ، وهذه ملامح الابراء فى الفقه الاسلامى أن القانون المدنى فى الكويت ومصر قد سار بشأن الابراء على النهج الاسلامى ٠

---

(٢٤) قارن عند الحنابلة : نص المادة ١٦٥٧ من مجلة الاحكام الشرعية « الابراء اسقاط فلا يفتقر الى القبول ولا يبطل بالرد ٠٠٠٠ » ٠

ويقول ابن نجيم الحنفى : الابراء يرتد بالرد الا فى مسائل ٠

الأولى : اذا ابرأ المحتال المحتال عليه فرده لم يرتد ٠

الثانية : اذا قال المدين أبرئنى فابرأة فرده لا يرتد ٠

الثالثة : اذا ابرأ الطالب الكفيل فرده لم يرتد ٠

الرابعة : اذا قبله ثم رده كما ذكره الزيلعى فى مسائل شتى من القضاء ٠

الاشباه والنظائر ، الموقع السابق ٠

المطلب الثانى

احكام مرور الزمن فى الفقـه الاسـلامى

٤١٤ ـ مرور الزمن يمنع سـماع الدعـوى ولا يسقط الحق :

ان مرور الزمن (التقـادم) لا يؤدى ـ فى الفقه الاسلامى ـ الى سـقوط الحق وانما يكون مانعا من سماع الدعوى به • وبظهر ذلك بوضوح ـ وعلى وجه الخصوص ـ فى الفقه الحنفى • اذ نصت المـادة ١٦٧٤ من مجلة الاحكام العدلية على ما يأتى : « لا يسقط الحق بتقادم الزمان •••••• » وقد أكد ذلك صاحب مرشـد الحيران فى المـادة ٢٥٦ بقـوله : دعـوى الدين أيا كان سـببه لا تسمع على منكر الدين بعد تركها من غير عذر شرعى خمس عشرة سنة (٢٥) •

ويبين من ذلك أن مرور الزمن فى هذا الفقه ليس تقادما يسقط الحق ولكنه ـ فى اصطلاح الفقهاء ـ عبارة عن منع سماع الدعوى بعد أن تركت مدة معلومة بدون عذر • وهذا المنع غير قياسى لان الحق لا يسقط بتقادم الزمان بل استحسان ووجهة منع التزوير والتحيل لان ترك الدعوى زمانا مع التمكن من قيامها يدل على عدم الحق ظاهرا حتى اذا انتفت هـذه العلة وجب سـماع الدعوى مهما طالت المـدة • ومنع سماع الدعوى ليس مبنيا على بطلان الحق وانما هـو مجرد منع للقضاء عن سماع الدعوى مع بقاء الحق لصاحبه(٣٦) •

---

(٢٥) راجع ايضا فى مرشد الحيران باب وضع اليد وعدم سماع الدعوى بمرور الزمان • المـادة ١٥١ وما بعـدها • ـ راجع ايضا نص المـادة ١٩٥ من مرشـد الحيران وتقضى بعـدم سماع الدعـوى بالدين على المـدين بعـد مضى خمس عشرة سنة بلا عـذر وان لم يسقط الحـق بمرور الزمان •

(٣٦) راجع : سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ص ٩٨٣ •

وقـد أوضحت ذلك احـدى المحاكم الشرعية المصريه بقـولها : ان النص الشرعى يقضى بان الحـق لا يسقط بتقادم الزمان وان طالت المـدة وان للتقـادم الى زمن معين يمنع من سماع الدعوى قطعا للحيل والتزوير لدلالة الحال على ذلك بالترك مع طول المـدة فلا تسمع الدعوى مـع التقـادم ، وهـذا بنـاء على تخصيص القضاء وما يملكه ولى الأمر من المنـع من سماع الدعوى بعـد المـدة المقررة •

محكمة العيـاط الشرعية فى ١٩٢٩/٢/٢٥ ـ مبادىء القضـاء الشرعى فى خمسين عاما • احمـد نصر الجنـدى ، المجلـد الأول ، الطبعة الثانية ١٣٩٨ ـ ١٩٧٨ ، دار الفكر العربى ، مبـدأ (١) ص ٣١٦ •

ويبدو أن الحنفية استندوا ، فيما ذهبوا اليه من أن مرور الزمن يمنع سماع الدعوى الى الاستحسان على ما مر بنا ، وفوق ذلك فقد استندوا الى قاعدة « القضاء يجوز تخصيصه بالزمان والمكان » • فقد جاء فى الاشباه والنظائر لابن نجيم « القضاء يجوز تخصيصه وتقييده بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصومات كما فى الخلاصة • وعلى هذا لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة لا تسمع ، ويجب عليه عدم سماعها »[٢٧] وجاء فى حاشية رد المحتار لابن عابدين أن « القضاء مظهر لا مثبت ويتخصص بزمان ومكان وخصومة حتى لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة فسمعها لم ينفذ »[٢٨] •

والظاهر أن للحنابلة نفس الاتجاه فى أن مرور الزمن لا يسقط الحق وانما يمنع سماع الدعوى به • فقد جاء فى مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل (م• ٢٠٥١) أنه يصح للامام نهى القاضى عن النظر فى بعض المعاملات وسماع بعض الدعاوى والحكم فى مسألة معينة ومثله لو قال : لا تقضى فيما مضى له عشر سنين ونحو ذلك • والمعنى الواضح لذلك أن مرور الزمن يمنع القاضى من سماع الدعوى • والمنع هنا من قبيل تخصيص القضاء بالزمان بأمر الامام • فقد جاء بالمادة ٢٠٤٩ من مجلة الاحكام الشرعية

---

(٢٧) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٢٣٠ •

وجاءت القاعدة فى المادة ١٨٠١ من مجلة الأحكام العدلية ايضا ونصها كالآتى :

« القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصومات فالحاكم المامور بالحكم مدة سنة يحكم فى تلك السنة فقط وليس له ان يحكم قبل حلولها أو بعد مرورها ، وكذلك الحاكم المنصوب للحكم فى قضاء بحكم فى جميع أطراف ذلك القضاء وليس له ان يحكم فى قضاء آخر • والحاكم المنصوب ان يحكم فى محكمة معينة يحكم فى تلك المحكمة فقط وليس له ان يحكم فى محل آخر وكذلك لو صدر امر سلطانى بعدم سماع الدعوى المتعلقة بالشان الفلانى لملاحظة عادلة تتعلق بالمصلحة العامة ليس للحاكم أن يستمع تلك الدعوى ويحكم بها ، او كان الحاكم ماذونا باستماع بعض الدعاوى المعينة دون غيرها فله ان يسمع الدعاوى الماذون بها فقط وأن يحكم بها وليس له سماع ما عداها والحكم به ••••• » •

وراجع ايضا : شرح سليم رستم باز على النص السابق •

شرح المجلة ، ص ١٦٨ – ١٧٠ •

(٢٨) حاشية رد المحتار على الدر المختار : شرح تنوير الأبصار ، لابن عابدين • مشار اليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٤١٩ •

المذكورة أن القضاء يقبل التخصيص بالزمان والمكان[٢٩] ۰ ومما تقدم يتضح أن ترك الدعوى بالحق المدة الطويلة مع التمكن وانكار الخصم وعدم العذر الشرعي مانع من سماع الدعوى ۰ فمناط النهى عن سماع الدعوى انكار الحق والا يقوم بالمدعى عذر يحول بينه وبين المطالبة بهذا الحق ۰

الفرع الأول

المدة المانعة من سماع الدعوى وبدء سريانها

٤١٥ ـ المدة :

تحددت المدة المانعة من سماع الدعوى في الفقه الاسلامي بخمس عشرة سنة وأحيانا بست وثلاثين سنة على النحو التالي [٣٠] :

---

(٢٩) ونص المادة ٢٠٤٩ كالاتي « القضاء يقبل التخصيص بالزمان والمكان فلو ولاه الامام عموم النظر في عموم العمل جاز ، وكان له أن ينظر في كافة وظائف القضاة في سائر البلاد ۰

واذا ولاه القضاء سنة كذا لم يصح حكمه قبل حلولها ولا بعد مرورها ۰ ولو ولاه قضاء بلدة او محله لم ينفذ حكمه الا فيها ليس له أن يسمع بينة الا فيها » ۰

ونصت المادة ٢٠٥٠ على ما ياتي « القضاء يقبل التخصيص ببعض أنواع المعاملات ۰ او بقدر من المال لا يتجاوزه ۰۰۰۰۰۰ » ۰

ومن تطبيقات ذلك في المملكة العربية السعودية في نطاق الملك ما تضمنه تعميم سماحة رئيس القضاه رقم ٨١٦ وتاريخ ١٣٨١/٨/٢٠ وموضوعه ۰ « اذا ادعى شخص على آخر في دار ونحوها والمدعى عليه حائز للمدعى به مدة طويلة ويتصرف فيه تصرفا مطلقا ولم ـ يعارضه في ذلك المدعى مع حضوره ومشاهدته فان مثل هذه الدعوى لا تسمع » ۰ منشور بمجموعة الانظمة واللوائح والتعليمات التى تصدرها وزارة العدل ، فهرس اهم تعاميم سماحة رئيس القضاة الموجودة بادارة الوثائق والبحوث ، ص ١٤٩ ۰ راجع أيضا وبنفس المصدر ص ١٣٩ تعميم سماحة رئيس القضاه رقم ٩٣٨ وتاريخ ١٩٨٠/٩/٢٢ ويتضمن نفس المعنى ۰

(٣٠) وجاء في شرح مجلة الاحكام العدلية في هذا الخصوص : ثم اعلم أن الفقهاء قد اختلفوا في تعيين المدة التى لا تسمع بعدها الدعوى فجعلها بعضهم ستا وثلاثين سنة وبعضهم ثلاثا وثلاثين سنة وبعضهم ثلاثين فقط۰راجع سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ص ٩٨٣۰

حدد الحنفية المدة التى لا تسمع الدعوى بعد مضيها بخمس عشرة سنة (٣١) • ففى المادة ٢٥٦ من مرشد الحيران نجد أن دعوى الدين أيا كان سببه لا تسمع على منكر الدين بعد تركها من غير عذر شرعى خمس عشرة سنة • كذلك تقضى المادة ١٥١ من مرشد الحيران بأن واضع اليد على عقار أو غيره وكان متصرفا فيه تصرف الملاك بلا منازع ولا معارض لمدة خمس عشرة سنة لا تسمع عليه دعوى الملك بغير الارث من أحد ليس بذى عذر شرعى ان كان منكرا •

وكما هو واضح فان المدة المانعة من سماع الدعوى هى ـ فى الفقه الحنفى – خمس عشرة سنة دونما تفرقة بين العين والدين أى بين الحق الشخصى والعينى • وهو ما أكدته مجلة الأحكام العدلية فى المادة ١٦٦٠(٣٢) •

وما ينبغى أن يلاحظ ، انه اذا كانت المدة المانعة من سماع الدعوى هى خمس عشرة سنة دونما تفرقة بين العين والدين ، فان فى نصوص الفقه الاسلامى – الحنفى خاصة ـ ما يفيد بأن المدة تكون غير ذلك بالنسبة للوقف والارث (٣٣) •

فمن كان واضعا يده على عقار متصرفا فيه تصرف الملاك بلا منازع مدة ثلاث وثلاثين سنة فلا تسمع عليه بعدها دعوى الارث ولا دعوى أصل الوقف الا لعذر شرعى (م• ١٥٢ من مرشد الحيران) •

---

(٣١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، الموقع السابق •

(٣٢) ونص المادة ١٦٦٠ كالآتى « لا تسمع دعوى الدين والوديعة والعقار الملوك والميرات وما لا يعود من الدعاوى الى العامة ولا الى أصل الوقف فى العقار الموقوفة كدعوى المقاطعة أو التصرف بالاجارتين والتولية المشروطة والغلة بعد أن تركت خمس عشرة سنة » •

(٣٣) فى هذا المعنى : المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى مصر ونصها كالآتى « القضاة ممنوعون من سماع الدعاوى التى مضى عليها ١٥ سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى فى عدم اقامتها الا فى الارث والوقف ، فانه لا يمنع من سماعها الا بعد ٣٣ سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعى له وهذا كله مع الانكار للحق فى تلك المدة »•

راجع ايضا من التطبيقات فى المملكة العربية السعودية تعميم معالى وزير العدل حول تحديد المدة التى تسقط فى نهايتها مطالبة الخزانة العامة متى تاخر صاحب الحق عن قبضه وقدر ذلك ثلاث سنوات فاكثر اذا كان التاخر بدون عذر • التعميم رقم ١٣٩٢/١١/٢٢ راجع مجموعة الانظمة واللوائح والتعليمات التى تصدرها وزارة العدل ، فهرس اهم التعاميم الصادرة ـ بتوقيع معالى الوزير الموجودة بادارة الوثائق والبحوث ، ص ٢٧ •

وجاء بمجلة الاحكام العدلية فى هذا الصدد أن الدعاوى المتعلقة فى أصل الوقف ودعاوى الحقوق العينية فى عقار الوقف لا تسمع بعد مرور ست وثلاثين سنة • ومثال الاولى دعوى المرتزقة من الوقف اذا تعلقت بأصله ومثال الثانية دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب فى عقار الملك([34]) • ليس هذا فحسب بل نجد ايضا الفقه الحنفى قد جعل المدة المانعة من سماع الدعوى عشرين سنة ، وذلك بالنسبة لدعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب فى الاراضى الاميرية ([35]) •

٤١٦ – ٢ – سريان المدة :

يبدأ سريان المدة المانعة من سماع الدعوى وعلى حد قول المادة ١٦٦٧ من مجلة الاحكام العدلية – من تاريخ ثبوت الحق للمدعى باقامة الدعوى بالمدعى به([36]) • وعلى ذلك « يعتبر ابتداء المدة المقررة لعدم سماع دعوى الدين المؤجل من تاريخ حلول الاجل لا من تاريخ عقد الدين » (م• ٢٥٨ من مرشد الحيران) •

واضح من ذلك أن مرور الزمان فى دعوى دين مؤجل « انما يبتدىء من حلول الاجل لانه قبل حلوله لا يملك المدعى الدعوى والمطالبة بذلك الدين • مثلا لو ادعى واحد على آخر فقال لى عليك كذا دراهم من ثمن الشىء الفلانى الذى بعته منك قبل خمس عشرة سنة مؤجلا ثمنه بثلاث سنين تسمع دعواه لانه يكون قد مر اعتبارا من حلول الاجل اثنتا عشرة سنة لا غير » (م• ١٦٦٧ من مجلة الاحكام العدلية) •

---

(٣٤) راجع نص المادتين ١٦٦١ ، ١٦٦٢ من مجلة الاحكام العدلية •

(٣٥) وهذا ما نصت عليه المادة ١٦٦٢ من مجلة الأحكام العدلية فى آخرها •

ونص المادة ١٦٦١ كالآتى « تسمع دعوى المتولى والمرتزقة المتعلقة بأصل الوقف الى ست وثلاثين سنة • ولا تسمع بعد مرور ست وثلاثين سنة مثلا اذا تصرف واحد فى عقار تصرف ملك ستا وثلاثين سنة ثم ادعى متولى وقف انه من مستغلات وقفى فلا تسمع دعواه » •

ونص المادة ١٦٦٢ من مجلة الاحكام العدلية كما يأتى :

« اذا كانت دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب فى عقار الملك فلا تسمع بعد مرور خمس عشرة سنة وأن كانت فى عقار الوقف فللمتولى أن يدعيها الى ست وثلاثين سنة ولا تسمع دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب فى الأراضى الأميرية بعد أن تركت عشر سنين كما لا تسمع دعوى الاراضى الاميرية بعد مرور عشر سنين » •

(٣٦) راجع ، سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ص ٩٨٦ • مع ملاحظة ان السنة القمرية تبنى عليها السنة الهجرية •

وأيضا يعتبر ابتداء المدة المقررة لعدم سماع الدعوى « فى دعوى المهر المؤجل من وقت الطلاق أو من تاريخ موت أحد الزوجين » (م٠ ٢٥٨ من مرشد الحيران) ٠ وعلة ذلك – كما جاء فى نهاية المادة ١٦٦٧ من مجلة الاحكام العدلية – أن المهر المؤجل لا يصير معجلا الا بالطلاق أو الوفاة ٠

وعن التقويم الذى به المدة فى سريانها على الوجه المتقدم لذلك فقد تباحثت فيه جمعية مجلة الاحكام العدلية وقررت « أنه اذا كانت المسألة متعلقة بدعوى ذكر فيها الشهر أو السنة على الاطلاق دون تقييد بقيد كالقمرى أو الرومى فيصرف الى القمرى وفقا للعرف الشرعى ٠٠٠ غير أنه فى المعاملات المقيدة والمحدودة بزمان كالاجارة وتأجيل الدين اذا اتفق العاقدان على ذكر أى تاريخ أرادا مما ذكر فيعتبر اتفاقهما »(٣٧) ٠

الفرع الثانى

وقف وانقطاع المدة المانعة من سماع الدعوى

٤١٧ – الاعذار الشرعية المؤثرة فى سريان المدة :

من المسلم به فى الفقه الاسلامى أن مرور الزمن لا يحدث أثره بعدم سماع الدعوى الا اذا كان بدون عذر ٠ فمرور الزمن لا يكفى بذاته لعدم سماع الدعوى بالحق بل يجب – فوق ذلك – أن يكون مقرونا بانعدام العذر فى ترك هذا الزمن يمر دون رفع الدعوى بالحق ٠ فوجود العذر لا يمنع سماع الدعوى مهما كانت مدة الترك ، ويظهر ذلك بوضوح من المادة ١٦٦٣ من مجلة الأحكام العدلية ونصها كالاتى « المعتبر فى هذا الباب اى باب مرور الزمان المانع لسماع الدعوى انما هو مرور الزمان الواقع بلا عذر أما الزمان الذى مر لعذر شرعى ٠٠٠٠٠٠٠٠٠ فلا يعتبر بها يعتبر بدء مرور الزمان من تاريخ زوال العذر واندفاعه ٠٠»(٣٨) ٠

---

(٣٧) والقضاء الشرعى المصرى واضح فى ذلك كل الوضوح ٠ فقد قضى بأن المعتبر شرعا أن تمضى خمس عشرة سنة هجرية سواء كان بعض شهورها كامل الأيام أم ناقصها لان الذى يحتسب عدد السنين بخمس عشرة سنة لا احتساب مجموع أيام الخمس عشرة سنة ٠ ملوى الشرعية ، ١٩٤٣/١٠/٣٠ مبادىء القضاء الشرعى فى خمسين عاما ٠ احمد نصر الجندى ، مشار اليه من قبل ، مبدأ (٣) ، ص ٣١٦ ٠

(٣٨) راجع أيضا فى ضرورة انعدام العذر حتى ينتج مرور الزمن أثره بعدم سماع الدعوى – المواد التالية من مرشد الحيران : ١٥١ – ١٥٢ – ١٥٦ – ٢٥٦ – ٢٥٧ – ٢٥٩ – ٢٦١ ٠

ونخلص من هذا النص الى أن وجود العذر لترك الدعوى بالحق انما يحول دون تحقق الاثر المرجو لمرور الزمن ويتمثل فى منع سماع الدعوى · والمقصود بالعذر تلك الحاجة التى تجعل الشخص غير قادر على المطالبة بحقه (٣٩) · وعدم تحقق هذا الاثر انما يرجع أصلا وحسبما يبين من النص ـ الى عدم اعتبار مرور الزمن مع وجود العذر وقيامه · ليس هذا فحسب ، بل ان النص قد صور عدم تحقق الاثر المرجو لوجود العذر بعدم اعتبار مرور الزمن · وكما سنرى ـ فان عدم اعتبار مرور الزمن لوجود العذر انما يتخذ صورة من اثنتين · الاولى ، ويوقف العذر فيها سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى · وهذا العذر يكون واحدا من بين : الغياب ، وبصفة خاصة غياب من له الادعاء بالحق وانعدام الاهلية وكون خصم المدعى من المتغلبة · أما الثانية ، فيقطع العذر فيها المدة المقررة لعدم سماع الدعوى وهذا العذر يكون واحدا من بين اقرار المدعى عليه بالحق والمطالبة القضائية ·

ويلاحظ ان القضاء الشرعى فى مصر واضح فى أحكامه بشأن التركيز على أن الاعذار الشرعية قد وردت على سبيل المثال لا الحصر · وانما المدار فيها ـ أى الاعذار ـ أن تكون مشروعه ومانعه للمدعى من رفع الدعوى ، وتركوا ـ أى الفقهاء ـ الامر فى تقدير قوتها وكونها مانعه لفطنة القاضى · وقد مثلوا لها على ذكرنا بغيبة المدعى عليه أو المدعى أو فقرهما وكذا جنون المدعى أو خشية سلطان المدعى عليه وكونه ذا شوكه يخشى بأسه اضافة الى اعسار المدين (٤٠) ·

ونتكلم أولا عن الاعذار التى توقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ثم نعقب ذلك بتناول ما يؤدى الى انقطاعها من اعذار ·

٤١٨ ـ أولا ـ الاعذار التى توقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى :

تتمثل هذه الاعذار كما ذكرنا فى الغياب وكون خصم المدعى من المتغلبة اضافة الى انعدام الأهلية · فاذا توفر عذر منها ترتب على ذلك وقف

---

(٣٩) محكمة ملوى الشرعية فى ١٩٤٧/٢/١٢ ، مبادىء القضاء الشرعى فى خمسين عاما ، أحمد نصر الجندى ، مشار اليه من قبل ، المجلد الاول ، مبدأ رقم ١ ص ٢٢٩ · وقد أطلق عليه العذر الشرعى اعتمادا على ان المادة الموضوعية لقضاء المحاكم الشرعية هى أقوال فقهاء المذاهب راجع ايضا حكم محكمة تلا الشرعية فى ١٩٣٧/٤/٢٠ ، وقد ورد فى المصدر السابق ، نفس الصفحة · مبدأ رقم (٢) ·

(٤٠) حكم محكمة ملوى الشرعية فى ١٩٤٧/٢/١٢ ، وقد سبق الاشارة اليه حكم محكمة تلا الشرعية فى ١٩٣٧/٤/٢٠ وقد سبق الاشارة اليه ·

المدة المقررة لعدم سماع الدعوى · ومدار الوقف بصفة عامة أن المدة تستأنف سريانها بعد زوال العذر الموقف ليضاف ما يكون منها بعد هذا الزوال الى ما كان منها قبل وجود العذر · الا أن هناك ملاحظة هامة نجد لزاما علينا أن نبرزها قبل الخوض فى غمار التفاصيل بخصوص الاعذار تلك لانها ملاحظة تتعلق بمفهوم وقف المدة · ذلك أن هذا المفهوم يفترض – على نحو ما عرضنا له منذ قليل – ان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى قد بدأ سريانها ثم طرأ عذر من الاعذار الموقفة · لكننا نلاحظ بالنسبة للعذر الثانى ويتمثل فى أن خصم المدعى بالحق من المتغلبة – وقد ذكره البعض ضمن الاعذار الموقفة[41] – أن مفهوم وقف المدة بعيد عن التحقق الى حد ما · اذ العلة فى كونه عذرا · كما سنرى – أن المدعى يخشى نفوذ وجود المدعى عليه وهو من المتغلبة · وعلة مثل هذه تقوم غالبا – وحسبما نعتقد – منذ بدء سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى أى من تاريخ ثبوت الحق للمدعى باقامة الدعوى بالمدعى به ومرجع ذلك ان صفة المدعى عليه بأنه من المتغلبة انما تكون له قبل ثبوت الحق للمدعى باقامة الدعوى بالحق المدعى به أى قبل بدء سريان المدة المانعة أو على الاقل تكون معاصرة له ولان المدة لن تبدأ فى السريان لقيام العذر قبل سريانها وبتأثيره ، فانه لا توجد مدة قبل العذر يقال باضافتها الى ما سيكون منها بعد زوال العذر · وبالتالى نرى أن مفهوم وقف المده لا يتحقق بالنسبة لهذا العذر وان العذر أقرب الى اعتباره سببا للانقطاع وليس الوقف[42] · الا اذا تصورنا فرضا تبدأ فيه المدة المقررة بعدم سماع الدعوى فى السريان لان المدعى عليه شخص عادى ليس من المتغلبة ، بعد مضى جزء منها وقبل اكتمالها – يصبح المدعى عليه من المتغلبة وأصحاب النفوذ · ونظرا لامكان تصور هذا الفرض فاننا سوف نبقى على عرض العذر – محل ملاحظتنا – ضمن أسباب وقف المدة ·

١ – الغياب :

من الأعذار التى توقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى غياب المدعى بالحق · ونصت على ذلك المادة ٢٥٦ من مرشد الحيران

---

(٤١) راجع ، صبحى محمصانى ، المرجع السابق ، ص ٥٧٩ ·

(٤٢) راجع فى المعنى : محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربى ، رقم ٨ ، ص ١٦٢ : ويرى فيما ذكرناه فى المتن اسبابا توقف سريان المدة اسبابا نقطع سريانها ·

والمادة ١٦٦٣ من مجلة الأحكام العدلية[43] · والغياب كعذر يكون لمدة سفر هى ثلاثة أيام أى مسافة ثمانى عشرة ساعة بالسير المعتدل[44] ، وذلك كما جاء بالمادة ١٦٦٤ من مجلة الأحكام ·

فاذا توفر عذر الغياب على هذا النحو ترتب على ذلك وقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، الا أن الغياب – وهذا بدهى – يزول بحضور الغائب وهنا تستأنف هذه المدة سريانها مرة أخرى ويضاف – فى احتساب المدة كلها – ما سيكون منها بعد زوال الغياب كعذر أيهما كان منها قبل وجوده · فاذا اكتملت المدة المقررة امتنع على القاضى سماع الدعوى · والفرض أن مدة الوقف حال قيام العذر لا تدخل فى حساب المدة وصولا الى اكتمالها · وقد عبرت عن ذلك المادة ٢٥٦ من مرشد الحيران اذ قالت « دعوى الدين أيا كان سببه لا تسمع على منكر الدين بعد تركها من غير عذر شرعى خمس عشرة سنة فان تركها المدعى بعذر بأن كان غائبا ···· فانها تسمع ما لم تمض هذه المدة بعد حضور الغائب من سفره ··· » ·

ويلاحظ أن الغياب باعتباره عذرا شرعيا – ومعياره مدة سفر هى ثلاثه أيام – يتعطل دوره فى وقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى لو اجتمع المدعى بالمدعى عليه ولو مرة واحدة فى بلدة يمكنه فيها اقامة الدعوى ولم يدع لدى القاضى · وفى تصوير هذا الفرض تقول المادة ١٦٦٥ من مجلة الأحكام العدلية « ساكنا بلدتين بينهما مسافة سفر (أى سفر لمدة ثلاثة أيام كما سبق) اجتمعا فى بلدة ولو مرة وأمكن محاكمتهما ومع ذلك لم يدع أحدهما على الآخر شيئا ومضت على ذلك مدة مرور الزمن لا تسمع دعوى أحدهما على الآخر بتاريخ سابق على تلك المدة »[45] · فاذا

---

(٤٣) ومع وضوح نص مرشد الحيران والمجلة فى ان الغياب المعتبر هو غياب المدعى بالحق ، الا ان البعض قد اضاف بأن يعتبر ايضا غياب المدعى عليه · – راجع حكم محكمة ملوى الشرعية وحكم محكمة تلا الشرعية · مشار اليهما من قبل · وراجع فى ذلك ايضا : سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار اليه من قبل ، ص ٩٩٠ – راجع ايضا : صبحى محمصانى ، المرجع السابق ، ص ٥٧٨ · ويقول أن الفتوى المتمدة تعتبر غيبة المدعى عليه ايضا ان الأعذار المانعة لحكم مرور الزمان · وأورد فى ذلك دليلا من الجزء الثانى من الفتاوى الخيرية ، ص ٨٠ ·

(٤٤) وقد عبرت المادة ٢٥٦ من مرشد الحيران عن الغياب بقولها ان يكون المدعى بالحق « غائبا مسافة القصر » ·

(٤٥) راجع فى توضيح هذا النص : سليم رستم باز ، شرح المجلة – مشار اليه من قبل ، ص ٩٩١ ·

تحـقق ذلك لا تسمع الدعوى على الرغم من تحقق الغيـاب - ومعياره السـفر للمـدة المذكورة - الذى يوقف سريان المـدة المقـررة لعـدم سماع الدعـوى كعـذر كان يفترض معه سـماع القاضى للدعـوى بوجـوده •

٢ - خصــم المـدعى من المتغلبــة :

لا يعتبر مرور الزمان - على حـد ما جـاء بالمـادة ١٦٦٣ من مجـلة الأحكام العـدلية - اذا كان لرجل مـع أحـد المتغلبـة دعـوى ولم يمكنه اقامتها لامتداد زمن تغلب خصمه وانما يعتبر مرور الزمان من تاريخ زوال التغلب • ومعنى ذلك ، انه لو كان المدعى عليه من المتغلبه ، كمـا لو كان اميرا جائرا من أصحاب النفـوذ(٤٦) ، يخشى المدعى جوره وبطشه لو رفـع الدعـوى فانه اذا تركهـا لهـذا السبب فلا تأثير لمـرور الزمن ولا عـبرة به ، وتسمع دعـواه لو بعـد خمسين سنة • الا أن مرور الزمن يؤثر فى سـماع الدعـوى من الوقت الذى يزول فيه تغلب المدعى عليه • ولا يغيب عن الذاكـرة الملاحـظة التى ذكرنا من قبـل بخصـوص هذا العـذر •

٣ - انعـــدام الأهليـــة :

تقضى المـادة ١٦٦٣ من مجلة الاحكام العدليه بأن الزمان الذى مر لعذر شرعى كما لـو كان المدعى صغيرا أو مجنونا ومعتـوها سواء كان له وصى أو لم يكن فلا يعتبر بل يعتبر بدء مرور الزمان من تاريخ زوال العذر وانحفاعه(٤٧) •

---

(٤٦) راجـع فى تفسير المتغلبة : سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار اليه من قبـل ، الموقع السابق •

ومن تطبيقات ذلك ما قضت به المحـــاكم الشرعية فى مصر من أن قيام الزوجية يعـد من الاعذار الشرعية التى يغتفر معها عـدم المطالبة بالحقوق ويكون قيامها مانعا من سريان المـدة المـانعة من سماع الادعـاء بالحقـوق شرعا مـع التمكن وانكار الحـق • (تلا الشرعية ١٩٣٧/٤/٢٠) مشار اليه من تبل • وقد ورد فى مبادىء القضاء الشرعى فى خمسين عاما ، المجلد الاول ، مشار اليه من قبل ، مبدأ رقم ٥ ، ص ٢٣١ (اعذار شرعية) • مع ملاحظة أنه سبق الاشارة لنفس الحكم وفى نفس المرجع ولكن فى موقع آخر من صفحاته • وتقول محكمة ملوى الشرعية فى ١٩٤٧/٢/١٢ وقـد سبق الاشارة اليه ان من الاعذار أن يكون من عليـه الحـق ذا سلطان يخشى وأى سلطان اقـوى من سلطان الزوج على زوجته • أن يأمرها نتطبع تجنبا للاذى وهـذا اكراه منه بمقتضى سلطانه عليها وارغام لها على السكوت عن المطالبة •

(٤٧) قارن الحكم كما جاء بمرشد الحيران وتضمنه نص المـادة ٢٥٦ « ٠٠٠٠٠٠٠ فان تركها المدعى (دعوى الدين) بعذر بان كانم ٠٠٠٠٠ صبيا أو مجنونا وليس له ولى او وصى فانهـا تسمع » وواضـح أن النص قـد اشترط بالنسبة للصـبى وكذا المجنـون عـدم وجـود الولى أو الوصى بخـلاف نص مجلة الأحكام العـدلية الذى عمم الأمر وقال سـواء كان للصغير أو المعتوه أو المجنون وصى أو لم يكن •

والمعنى الواضح للنص ، أنه اعتبر انعدام الاهلية لسبب بما جاء به عذرا شرعيا بوقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالحق ، بحيث لا تستأنف سريانها الا بزواله . أى من الوصول الى حد البلوغ . والمدة المقررة لعدم سماع الدعوى اذ تستأنف سريانها مرة اخرى منذ الوصول الى حد البلوغ فانها تضاف الى ما كان منها قبل العذر . فاذا تمت المدة المررة كانت مانعا من سماع الدعوى .

والخلاصة أن الاعذار أو الاسباب التى توقف مرور الزمن المانع من سماع الدعوى منها ما يتعلق بالمدعى ومنها ما يتعلق بالمدعى عليه . فلو توفر عذر من الاعذار السابقة مع ترك المدعى دعواه بالحق ترتب على ذلك وقف سريان المدة المقررة لمنع سماع الدعوى شرعا بحيث تسمع الدعوى ما دام العذر قائما ولو مضت بالفعل المدة المقررة تلك . ولكن تستأنف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى فى السريان شرعا منذ زوال العذر . ويكون سريانها لما يكمل المدة المقررة مضافا الى ما كان منها قبل تحقق العذر ولا يدخل فى الحساب الفترة التى كان فيها العذر قائما .

٤ ـ افلاس المدعى عليه :

ان افلاس المدين يعد عذرا يوقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى فلو ترك صاحب الحق دعواه به بسبب افلاس مدينه اذ لا يتأتى له اقامة الدعوى ، وما دام المدين مفلسا ، تسمع دعواه ولو كان قدمضى على اعساره المدة المقررة لعدم سماع الدعوى كلها كما لو كانت خمس عشرة سنة ونصت على ذلك المادة ١٦٦٨ من مجلة الأحكام العدلية اذ قالت « لا يبتدىء مرور الزمان فى دعوى الدين على المفلس الا من تاريخ زوال الافلاس . مثلا لو ادعى على واحد تمادى افلاسه عشر سنين ثم تحقق يساره بعد ذلك أن لى عليك من قبل خمس عشرة سنة كذا وكذا دينا من الجهة الفلانية ولما كنت مفلسا من ذلك التاريخ الى الان لم أتمكن من الدعوى عليك ، أما الان وقد صرت قادرا على أداء الدين فانى أدعى عليك به تسمع دعواه » .

ومفاد ذلك كما ذكرت أن افلاس المدين يوقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بحيث اذا زال تستأنف المدة سريانها منذ الزوال لتضاف الى ما كان منها قبل تحقق الافلاس سبب الوقف فاذا اكتملت لا تسمع الدعوى . ولا يدخل فى حساب المدة الفترة التى ظل فيها الافلاس قائما . وعلى ذلك تسمع الدعوى لو رفعت بعد يسار المدين وقبل اكتمال المدة المانعة من سماع الدعوى كلها .

٤١٩ - الاعذار التى تقطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى :

ينقطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى فى الفقه الاسلامى باقرار المدين والمطالبة القضائية • ويلاحظ أن الانقطاع يعنى محو ما مضى من المدة المقررة تلك قبل تحقق سبب الانقطاع بحيث تبدأ فى السريان ومن جديد المدة المقررة المشار اليها منذ زوال سبب الانقطاع ومن ثم لا يدخل فى حسابها المدة السابقة على حدود سبب الانقطاع ولا الفترة التى كان فيها سبب الانقطاع قائما • وواضح أن الانقطاع يختلف عن الوقف • ففى الأخير لا تلغى المدة السابقة على تحقق سبب الوقف •

ونلاحظ أيضا على أسباب الانقطاع - شأنها فى ذلك شأن أسباب الوقف - أن منها ما يتعلق بالمدعى ومنها ما يخص المدعى عليه • ونعرض لهذه الاسباب •

١ - اقرار المدعى عليه :

ينقطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى باقرار المدعى عليه بحق المدعى شريطة أن يكون المدعى عليه قد أقر « واعترف صراحة فى حضور الحاكم بأن حق المدعى عنده فى الحال على الوجه الذى يدعيه •••••• » (م• ١٦٧٦ من مجلة الاحكام العدلية) •

ومعنى ذلك أن اقرار المدعى عليه بحق المدعى لا ينتج أثره فى قطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى الا اذا كان أمام الحاكم • فاذا لم يكن كذلك بل كان فى محل آخر بقية المدة سارية دونما انقطاع وفى حالة اكتمالها لا تسمع الدعوى وهو ما نصت عليه المادة السابقة أيضا • الا أن اقرار المدعى عليه أمام الحاكم بحق المدعى لا يكفى بذاته لقطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بل يجب فوق ذلك أن يقر المدعى عليه بأن حق المدعى ما زال باقيا فى ذمته للحال وعلى الوجه الذى يدعيه • فلو ادعى على آخر عقارا أنه ملكه ورثة عن والده فأجابه المدعى عليه انى اشتريته من والدك وعمك المورثين لك بكذا وانى ذويد عليه من أربعين سنة فان دعواه الشراء من والد المدعى وعمه لم يقر ببقاء الملك لهما فى الحال فلا يدفع اقراره مرور الزمان • وكذا اذا ادعى على آخر أيضا أقرضه اياه من عشرين سنة فأجاب المدعى عليه أنه قضى هذا الدين ثم ادعى مرور الزمن فلا يمنعه من دعواه هذه دعواه الايفاء وان كانت دعوى الايصال تتضمن الاقرار بالدين الا أن المدعى عليه لم يقر ببقائه فى ذمته للحال (٤٨) •

---

(٤٨) راجع ، سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ص ٩٩٦ - ٩٩٧ •

فاذا وقع الاقرار من المدعى عليه على النحو المتقدم ، أن كان أمام الحاكم ومضمونه بقاء الحق فى ذمته للحال على الوجه الذى يدعيه المدعى ، ترتب على ذلك قطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ولا يعتبر ما مر منها قبل ذلك وتسمع الدعوى • ويترتب ذلك بصفة خاصة اذا كان المدعى عليه قد ربط اقراره هذا بسند حاو خطه أو ختمه المعروف وهو ما نصت عليه أيضا المادة ١٦٧٤ من مجلة الاحكام العدلية فى عجزها •

٢ ـ المطالبة القضائية :

ينقطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى فى الفقه الاسلامى ، اضافة الى اقرار المدعى عليه ، بالمطالبة القضائية • وقد نصت عليه المطالبة القضائية كسبب للانقطاع المادة ١٦٦٦ من مجلة الاحكام العدلية ونصها كالآتى « اذا ادّعى واحد على آخر شيئا ، بحضور الحاكم فى كل سنة مرة ولم تفصل دعواه ومر على هذا الوجه خمس عشرة سنة فلا يكون مضى المدة مانعا لسماع الدعوى • أما الدعوى والمطالبة عند غير الحاكم فلا تدفع مرور الزمان ومن ثم لو ادعى واحد شيئا فى غير مجلس الحاكم وطالب به وعلى هذا الوجه وجد مرور الزمان فلا تسمع دعواه » •

ويتضح لنا من النص ، أن المطالبة التى تقطع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى يجب ان تكون امام القاضى ، هذا فى المقام الاول • وفى المقام الثانى – وهذا بدهى ـ فانه من المتعين أن يتم قبل مضى المدة المقررة تلك • فاذا توافر ذلك انقطع سريان المدة وسمعت الدعوى ولا عبرة بما مضى من المدة قبل وجود سبب الانقطاع • وعلى ذلك فلو ادعى صاحب الحق وطالب به فى غير مجلس القضاء أو كان فى مجلس القضاء ولكن بعد اكتمال المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، ترتب على ذلك عدم سماع الدعوى •

وقد تضمنت هذه الاحكام المادة ٢٦٠ من مرشد الحيران وجاء بها « انما تعتبر المطالبة فى مجلس القضاء لا فى غيره فان طالب الدائن غريمه فى مجلس القضاء ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة فانها تسمع بعدها – وان

طالبه فى غير مجلس القضاء مرارا فلا تعتبر مطالبته ولا تسمع دعواه بعد مضى المدة المذكورة » (٤٩) ٠

الفرع الثالث

آثار انقضاء المدة المقررة لعدم سماع الدعوى

٤٢٠ ـ قاعدة عامة واستثناء :

يترتب على مضى المدة المقررة لعدم سماع الدعوى واكتمالها عدم سماع الدعوى بالحق دون سقوط الحق ذاته ٠ وعلى ذلك يمكننا القول بأن مرور الزمن فى الفقه الاسلامى لا يسقط الحق ذاته وانما يسقط وسيلة المطالبة به ٠ ومن هنا ، فاننا لا نتردد فى القول بأن مرور الزمن فى هذا الفقه – وبخلاف غالبية التقنينات المدنية (٥٠) لا يعد طريقا لانقضاء الالتزام ٠

ولكن يلاحظ ان ثمة استثناء على الاثر المتقدم بخصوص عدم سقوط الحق بمرور الزمن ٠ والاستثناء على صعيد دعوى الدين بالنفقة لدى الاحناف والمالكية ٠ فعند المالكية ، جاء فى قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى (٥١) ٠ لا تستقر نفقة الابوين فيما مضى فى الذمة بل تسقط بمرور الزمان بخلاف نفقة الزوجة الا أن يفرضها القاضي فحينئذ تثبت » ٠ أما عند الاحناف (٥٢) وفى بيان ما افترق فيه نفقة الزوجة والقريب جاء فى الاشياء والنظائر لابن نجم « نفقتها لا تسقط بمضى الزمان بعد التقدير أو الاصطلاح بخلاف نفقته » ٠

---

(٤٩) وجاء فى مرشد الحيران أيضا وفى باب رفع اليد وعدم سماع الدعوى بمرور الزمان يؤكد ذلك ٠ فقد نصت المادة ١٥٨ على ما ياتى « واذا ادعى فى اثناء المدة فى مجلس القضاء على واضع اليد ولم تنفصل الدعوى فلا مانع من سماعها ثانيا ولو مضت المدة المحدودة ما لم يمض بين الدعوى الأولى والثانية المدة المحدودة » ٠

ونصت المادة ١٥٩ أيضا على ما ياتى « المطالبة فى أثناء المدة المحدودة فى غير مجلس القضاء لا تعتبر ولو تكررت مرارا » ٠

(٥٠) التقنينات المدنية العربية التى لم تاخذ باحكام مرور الزمن عن الفقه الاسلامى هى المعنية هنا ٠

(٥١) قوانين الأحكام الفقهية ومسائل للفروع الفقهية لابن جزى المالكى ٠ مشار اليه من قبل ص ٢٤٧ ٠

(٥٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٧٥ ٠

وجاء فى الاشباه والنظائر فى قواعد وفقه فروع الشافعية للسيوطى ٠ فيما افترض فيه نفقة الزوجة والقريب : نفقتها لا تستقط بمرور الزمان بخلاف نفقة القريب ٠ سنة ٥٢٦ ٠

ويلاحظ أنه الى جانب الاستثناء المتقدم على عدم سقوط الحق بمرور الزمان على صعيد دعوى الدين بخصوص دين النفقة ، فان هناك استثناءات أخرى على صعيد دعوى الملك • بخصوص عدم سماع الدعوى لمرور الزمن • فلا اعتبار لمرور الزمان – على حد قول المادة ١٦٧٥ من مجلة الاحكام العدلية – فى دعاوى المحال التى يعود نفعها للعامة كالطريق العام والنهر والمرعى • مثلا لو ضبط واحد المرعى المختص بقرية وتصرف فيه خمسين سنة بلا نزاع ثم ادعاه اهل القرية تسمع دعواهم • وواضح أن دعوى المحال العامة لا تسقط بمرور الزمن استثناء على ما هو معروف فى الفقه الاسلامى من أن مرور الزمن وان كان لا يسقط الحق فانه يسقط الدعوى به([٥٣]) •

٤٢١ – المدى الذى يمتنع معه سماع الدعوى لمرور الزمان :

ان الاثر المترتب على مرور الزمان ويتمثل فى عدم سماع الدعوى يكون فى مواجهة المدعى بالحق وكذا ورثته • فكما لا تسمع دعوى الدين عن ترك المطالبة به من غير عذر شرعى خمس عشرة سنة فكذلك لا تسمع من ورثته بعد موته (م• ٢٥٩ من مرشد الحيران) • وعلى هذا النحو ، فاذا ترك واحد دعواه بلا عذر ومر عليها الزمان على ما ذكر آنفا فكما لا تسمع تلك الدعوى فى حياته لا تسمع أيضا من ورثته بعد مماته (م• ١٦٦٩ من مجلة الاحكام العدلية) • وعلة ذلك أن الوارث قائم مقام المورث حقيقة وحكما • فما يمنع صحة دعوى المورث يمنع صحة دعوى الوارث • ولكن هذا اذا ادعى الوارث ذلك الملك بالارث عن مورثه ، أما لو ادعاه بسبب آخر فلا يكون ترك مورثه للدعوى • مانعا من سماع دعواه • لانه بهذه الصورة لا يدعى تلقى الملك من مورثه فلا يكون قائما مقامه ([٥٤]) •

ويتفرع عن هذا التعليل وبحكم المنطق فرض آخر – غير السابق – نتصور فيه سريان اثر مرور الزمان فى مواجهة الورثة • فما دام الوارث قائما مقام المورث فى الحدود المذكورة ، كلنا شخصا واحدا حكما([٥٥]) وعلى هذا ، فلو ترك

---

(٥٣) وفى تعليل هذا الاستثناء قال سليم رستم باز فى شرح المجلة : لعل وجهة ان عدم سماع الدعوى لمرور الزمان محليا اذا تركت دعوى بدون عذر كالغيبة والصغر والجنون فتبقى مسموعة مهما طال العذر • والحال ان ترك الدعوى بدون عذر لا يتصور فى دعاوى المحال المخصصة لمنافع عامة لأن العامة لا تخلو من الصغار والمجانين والمعتوهين والغيب راجع ، ص ٩٩٧ – ٩٩٨ •

(٥٤) سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار اليه من قبل ، ص ٩٩٤ •

(٥٥) سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار اليه من قبل ، ص ٩٩٥ •

المورث الدعوى مدة وتركها الوارث مدة أخرى وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمان فلا تسمع تلك الدعوى(٥٦) • ويحدث ذلك مثلا اذا ترك المورث الدعوى عشر سنوات وتركها الوارث خمسة صار كأن الوارث ترك الدعوى خمس عشرة سنة فلا تسمع دعواه بعدها •

٤٢٢ - منع سماع الدعوى بين النسبية والاطلاق :

ان الاثر المترتب على مرور الزمان ، ماثل فى منع سماع الدعوى فى حدود ما ذكرنا آنفا ، انما هو اثر يتراوح بين النسبية والاطلاق فى مواجهة الحاكم أو السلطان يكون منع سماع الدعوى مطلقا او نسبيا تبعا للمدة المقررة لعدم سماع هذه الدعوى • فاذا كانت المدة خمس عشرة سنة ومضت امتنع على القاضى - دون الحاكم - سماعها • اذ المنع فى نطاق هذه المدة هو منع من سماع الدعوى أمام القاضى وليس الحاكم • وعلى ذلك فلو أمر الحاكم ، ورغم مضى خمس عشرة سنة ، بسماع الدعوى ، فانها تسمع • أما لو كانت المدة ثلاثين سنة ، فان الدعوى بالحق لا تسمع بعد مضيها ولا امر الحاكم بسماعها • وكما هو واضح فان منع سماع الدعوى فى الحالة الاخيرة هو منع مطلق يقوم أمام القاضى والحاكم • بينما هو منع نسبى فى الحالة الاولى يقوم أمام القاضى دون الحاكم •

اما بالنسبة للثانى ، فانه يمتنع عليه سماع الدعوى لمرور المدة المقررة بعدم سماعها ، ايا كانت هذه المدة •

وفى تأصيل كل ذلك ، ذكر الاستاذ سليم رستم (٥٧) ، أن مرور الزمان مبنى على أمرين • الاول حكم اجتهادى نص عليه الفقهاء (الاستحسان ووجهه منع التزوير) والثانى أمر سلطانى يجب على القضاة اتباعه لانهم بمقتضاه معزولون عن سماع دعوى مضى عليها خمس عشرة سنة بدون عذر • والقاضى وكيل عن السلطان والوكيل يستفيد التصرف من موكله فاذا خصص له تخصص واذا عمم تعمم كما نص عليه فى الخيرية وغيرها • وقد فرقوا بين

---

(٥٦) المادة ١٦٧٠ من مجلة الاحكام العدلية •

وقد نصت ٣٦١ من مرشد الحيران على فرض آخر على النحو التالى : اذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورثهم خمس عشرة سنة من غير عذر وكان لباقى الورثة عذر بأن كان قاصرا فبلغ رشيدا تسمع دعواه على الدين بقدر حصته التى تخصه من الدين •

(٥٧) سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار اليه من ق.ل ، ص ٩٨٣ - ٩٨٤ •

هذين الامرين بأنه اذا مضى على سماع الدعوى خمس عشرة سنة فقط فأمر السلطان بسماعها بعد هذه المدة تسمع ولو تركت بدون عذر • وأما اذا مضى على الدعوى ثلاثون سنة بلا عذر فلا تسمع وان أمر السلطان بسماعها (٥٨) • والفرق بينهما ظاهر • وهو أن منع سماع الدعوى بعد مضى خمس عشرة سنة مبنى على النهى السلطانى فمن نهى عن سماع الدعوى له أن يأمر بسماعها وأما عدم سماع الدعوى بعد ثلاثين سنة فهو مبنى على منع الفقهاء كما تقدم فليس للسلطان ان ينقضه • فأمر السلطان ينفذ اذا وافق الشرع والا فلا(٥٩) •

وخلاصة لكل ما تقدم يمكننا القول اذا ، انه ولئن كان اثر مرور الزمن بعدم سماع الدعوى انما يتراوح بين النسبية والاطلاق فى مواجهة الحاكم والقاضى ، فان ذلك يتوقف على أساس المنع ومدته(٦٠) •

٤٢٣ ـ مقارنة بين التقادم فى القانون ومرور الزمن فى الفقه الاسلامى :

تجرى هذه المقارنة مع ملاحظة أن القانون المدنى الكويتى الجديد قد أخذ بأحكام مرور الزمن فى الفقه الاسلامى • وبالتالى فانها مقارنة بين التقنينات المدنية التى أخذت بالتقادم من جهة وأحكام مرور الزمن فى الفقه الاسلامى من جهة أخرى وهى أساس القانون المدنى الكويتى فى هذا الشأن كما ذكرت ونوجز المقارنة فيما يأتى :

١ ـ ان جوهر التقادم فى القانون المدنى يختلف عنه فى الفقه الاسلامى وخاصة من حيث الأثر فالتقادم يسقط الحق ذاته ولا يسقط الدعوى به فقط • بخلاف مرور الزمن فى الفقه الاسلامى وهو لا يسقط الحق وانما يسقط الدعوى به بصفة عامة •

---

(٥٨) سليم رستم باز ، المرجع السابق ، نفس الموقع • ويبدو انه استند فى ذلك لما جاء فى حاشية رد المحتار لابن عابدين ، مشار اليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٤١٩ وما بعدها •

(٥٩) سليم رستم باز ، المرجع السابق ، نفس الموقع • وقد استند فى ذلك الى ما جاء فى الأشباه والنظائر لابن نجيم : القاعدة الخامسة فى تصرف الامام على الرعية • راجع الأشباه ، مشار اليه من قبل ، ص ١٢٤ ـ ١٢٥ •

(٦٠) فى هذا المعنى ، صبحى محمصانى ، المرجع السابق ، ص ٥٨١ •

٢ ـ من حيث المـدة يتفق القانون فى القاعدة العامة بتحديد مدة التقادم بخمس عشرة سنة مع ما هو مقرر فى الفقه الاسلامى حيث تتحدد المـدة فى دعوى الدين ـ بصفة عامة ـ بخمس عشرة سنة أيضـا ٠

٣ ـ من حيث بدء سريان المـدة ٠ يتفق القانون مع الفقه الاسلامى ٠ اذ تبدأ المـدة فى السريان فى القانون من اليوم الذى يصبح فيه الدين مسـتحق الاداء وتبدأ فى الفقه الاسلامى من تاريخ ثبوت الحق للمدعى باقامة الدعوى بالمدعى به ، وهو تاريخ استحقاق الدين ٠

٤ ـ يتفق القانون أيضا مع الفقه الاسلامى فى أسباب وقف انقطاع المـدة ٠ فالتقـادم يقف فى القانون أو وجـود مانع وكلمة المـانع تستوعب الاعذار الموقفة لمرور الزمان فى الفقه الاسلامى وخاصة الغياب وانعدام الاهلية وأيضا كون المدعى عليه من المتغلبة حيث يمكن أن نعتبرها مانعا أدبيا أو معنويا ٠ كذلك يتفق القانون فى أسباب انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية واقرار المدعى عليه مـع أسباب انقطاع مرور الزمن فى الفقه الاسلامى ٠

قائمـــة المراجـــع

احـكام الالتزام

د. طلبـه وهبـه خطـاب

المراجــــع

المراجــع العربية :

اولا : فى فقه الشريعة الاسلامية :

١ ـ قديمــا :

ابن القيم : اعلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين ابى عبد الله محمد بن أبى بكر المعروف بابن قيم الجــوزية ، دار الجيل ، بيروت ٠

ابن تيمية : القواعد النورانية الفقهية لشيخ الاسلام ابن تيمية ، تحقيق محمد حامد الفقى دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٨٩هـ ـ ١٩٧٩م ٠

ابن رجب : القواعد فى الفقه الاسلامى للحافظ ابى الفرج عبد الرحمن ابن رجب الحنبلى دار المعرفة ، بيروت ٠

ابن رشد الحفيد : بداية المجتهد ونهاية المقتصــــد ، للامام القاضى أبو الوليد محمد بن أحمد محمد بن أحمد بن رشد القرطبى الأندلسى الشــهير بابن رشــد الحفيد ، دار الفكر ، مكتبة الخانجى ٠

ابن جزى : قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية / محمد ابن أحمد بن جزى الغرناطى المــالكى ، طبعة ١٩٧٩م ، دار العلم للملايين ، بيروت ٠ ٠

ابن حجر الهيتمى : تحفة المحتاج بشرح المنهاج للامام العالم العلامة

الفهامة خاتمة المحققين شهاب الدين احمد بن حجر الهيتمى الشافعى ، بهامش حــواشى العــلامتين الشيخ عبــد الحميــد الشروانى والشيخ أحمد بن قاسم العبادى ، بيروت ٠

ابن حزم : المحلى ، لابى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم ، منشورات المكتب التجارى للطباعة والنشر ، بيروت ٠

ابن قدامة : المغنى ، للامام العلامة موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد ابن محمد بن قـدامة على مختصر الخرقى ، دار الكتاب العربى ، بيروت ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م ٠

ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار : شرح تنـوير الأبصار ويليـه تكملة ابن عابدين لنجـل المؤلف ٠ والحاشية لخاتمة المحققين محمد امين الشـهير بابن عابدين ، الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م ، دار الفكر ، بيروت ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م ٠

ابن عبد السلام : قواعد الاحكام فى مصالح الانام للامام المحدث الفقيه سلطان العلمـاء ابى محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام ، دار الكتب العلمية ، بيروت ٠

ابن نجيم : الاشباه والنظائر ، للشـيخ زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم ، دار الكتب العلمية بير ، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م ٠

ابن يوسف : غاية المنتهى فى الجمع بين الاقناع والمنتهى للشيخ مرعى ابن يوسف الحنبلى ، الطبعة الثانية ، منشورات المؤسسة السعيدية بالرياض ٠

البهوتى : كشاف القناع عن متن الاقناع لشيخ العلامة ، فقيه الحنابلة منصور بن يونس بن ادريس البهوتى ، مكتبة النصر الحديثة ، الرياض ٠

السرخسى : المبسوط ، لشمس الدين السرخسى ، الطبعـة الثانيـة دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ٠

السيوطى : الاشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشـافعية للامام جـلال الدين عبد الرحمن السيوطى ، الطبعة الأولى ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ٠

الشافعى : الام ، للامام أبى عبد الله محمد بن ادريس الشافعى ، الجزء السابع ، الناشر مكتبة الكليات الازهرية ، الطبعة الاولى ، ١٣٨١هـ - ١٩٦١م ٠

الشيرازى : المهذب ، لابى اسحق ابراهيم بن على يوسف الفيروز آبادى الشيرازى ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ١٣٧٩هـ - ١٩٥٩م ٠

الكاسانى : بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، علاء الدين أبى بكر ابن مسعود الكاسانى الحنفى ، الناشر زكريا يوسـف ، مطبعة الامام ، القاهرة ٠

الكمال بن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير للشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسى ثم السكندرى المعروف بابن الهمام ، دار احياء التراث العربى ، بيروت ٠

٢ ـ حديثـــا :

ـ أحمد ابراهيم بك : الالتزامات فى الشرع الاســلامى ، توزيع دار الانصار ، القاهرة ، ١٩٤٤/٣٦٣م ٠

ـ أحمد على الخطيب : الحجر على المدين لحق الغرماء فى الفقه الاسلامى والقانون المقارن القاهرة ، ١٣٨٤هـ ـ ١٩٦٤م ٠

ـ زكى الدين شـــعبان : نظـــرية الشروط المقترنة بالعقد فى الشريعة والقانون ، الطبعة الاولى ، ١٩٦٨م ٠

ـ صبحى محمصانى : النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاســـلامية ، الطبعة الثانية ، بيروت ، ١٩٧٢م ٠ ـ فلســـفة التشريع فى الاسلام ، الطبعة الرابعة ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٧٥ ٠

ـ عبد الرزاق أحمــد السنهورى : مصادر الحــق فى الفقــه الاســلامى ، المجمع العلمى العربى الاسلامى منشورات محمد الداية ، بيروت ٠ ستة أجزاء ٠

ـ عبد الكريم زيدان : الكفالة والحوالة فى الفقه المقارن ، بغــداد ، ١٩٧٥م ٠

ـ عبد الناصر العطار : نظرية الاجل فى الالتزام فى الشريعة الاســلامية وقوانين البلاد العربية ، القاهرة ١٩٧٨م ٠

ـ على الخفيف : مختصر احكام المعاملات الشرعية ، الطبعة الرابعة ، القاهرة ، ١٩٥٢م ٠

التصرف الانفرادى والارادة المنفردة ، معهد الدراســـات العربيـــة العالية ، القــاهرة ، ١٩٦٤ م ٠

ـ محمد ابو زهرة : الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربى ٠

ـ محمد زكى عبد البر : كلمة فى الحجر على المدين فى الفقه الاسلامى ، مجلة المحاماة السنة ٣٦ ، العدد التاسع ، مايو سنة ١٩٥٦م ٠

ـ محمد سلام مدكور : بحث عن المقاصة فى الفقه الاسلامى منشور على جزاين فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثامنة والعشرون ، والسنة التاسعة والعشرون ٠

ـ محمد مصطفى شلبى : المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه ، دار النهضة العربية ، بيروت ١٣٨٨هـ ـ ١٩٦٩م ٠

ثانيا ـ فى القانون المدنى :

ـ أنور سلطان : الموجز فى النظرية العامة للالتزام ، جـ ٢ ، أحكام الالتزام ، الاسكندرية ١٩٦٤/١٩٦٥ م ٠

ـ جميل الشرقاوى : دراسة فى طبيعة الدعوى البولصية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٢٩ ، العدد الاول ، مارس ، ١٩٥٩م ٠

ـ عبد الرزاق أحمد السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الجزأين الثانى والثالث ٠

ـ عبد الفتاح عبد الباقى : مصادر الالتزام فى قانون التجارة الكويتى ، جامعة الكويت ، ١٩٧٦م ٠

ـ عبد المنعم البدراوى : النظرية العامة للالتزامات ، ج ٢ ، أحكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٦٨م ٠

ـ عبد المنعم فرج الصده : أحكام الالتزام ، القاهرة ، ١٩٥٥م ٠

ـ محمد لبيب شنب : ـ دروس فى نظرية الالتزام ، احكام الالتزام ، ١٩٧٥ م ٠

ـ كيفية استعمال الحق فى الحبس،مجلة العلوم القانونة والاقتصادية، العدد الثانى ، السنة العاشرة ، يوليو سنة ١٩٦٨م ٠

ـ مصطفى الجمال وجلال العدوى ، اصول المعاملات ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ٠

كتب ومراجع أخرى

ـ مجلة الأحكام العدلية .

ـ مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل : للشيخ أحمد عبد الله القارى ، مطبوعات مؤسسة تهامه ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الاولى . ١٤٠١/١٩٨١م .

ـ مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان ، لمؤلفه محمد قدرى باشا ، الطبعة الثالثة ، المطبعة الاميرية ،بمصر ، سنة ١٩٠٩م .

ـ مجلة البحوث الاسلامية ، اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء ، هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية .

ـ موسوعة الفقه الاسلامى ، المجلس الاعلى للشئون الاسلامية بالقاهرة .

ـ مبادىء القضاء الشرعى فى خمسين عاما ، أحمد نصر الجندى الطبعة الثانية ، ١٩٧٨ .

ـ مجلة القانون والاقتصاد .

ـ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية .

ـ مجموعة الانظمة واللوائح والتعليمات التى تصدرها وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية ، الطبعة الاولى ، ١٣٩٦ .

المراجـع الفرنسـية

ƷEGUIN (Jacques) : " Clauses penal ". répertoire de droit civil, Da!loz, 2e' dition, Mise A jour 1979, t II.

BOUT (Roger) : " Obligation naturelle " répertoire de droit civil, Dalloz, 2e e'dition. Mise A Jour 1979, t.

CARBONNIER (J) : " Droit Civil ", t. 4, les obligation", Jaris,1956.

DERRIDA (fernand) : " BETENTION" Répertoire de droit civil, Dalloz, 2e e'dition Mise' A jour e979, t. VII.

GAUDEMET : Théorie generale des obligations, Paris, 1937.

LEBRUN : Cession de dette : Encycl. Juridiane, 1970.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.) : "Droit Civil" t. 2, vol. 1, "les obligations", Paris, 1962.

MAZEAUD (H. L. J.) : "lecons de droit", civil, t. 2, 5 e'd, Paris, 1973.

RIEGE : ' Cession de creance Encycl Juridiance, 2e e'dition, t. 2., 1970.

— " NOVATION, "Repertoire de droit civil mise a jour, 1979, t. v.

SAVATIER (Ren'e) : " La theorie de doligation 3e ed., Paris, 1974.

STARCK (Boris) :

— " Action oblique " Répertoire de droit civil mise a jour, 1979, 2e ed, t. 1.

— " Action Paulienne " Répertoire de droit civil, mise a Jour, 1979, 2e ed. t. 1.

الفهرس

الموضـــوع	الصفحة	البنـد
(موقف الفقـــه الاسلامى من الشرط		
الجــزائى)	٧٤	٦٧
الفصــل الثالث : وســائل ضمان التنفيذ	٧٦	
حــق الضمان العــام ووســائل حمايته	٧٦	٦٨
المبحث الاول : الدعــوى غير المباشرة	٧٧	٦٩
المطلب الأول : تعريف الدعــوى غير المباشرة		
وشروط استعمالها	٧٨	٧٠
المطلب الثانى : طبيعة الدعــوى غير المباشرة		
وآثارهــا	٨١	٧٥
المطلب الثالث : الدعــوى غير المباشرة فى الفقه		
الاسلامى	٨٣	٧٨
المبحث الثانى : الدعــوى البولصـــية أو دعــوى		
عــدم نفــاذ التصرف	٨٥	٧٩
المطلب الأول : تعريف الدعــوى البولصـــية		
وشروطهــا	٨٦	٧٢
المطلب الثانى : نطــاق الدعــوى البولصـــية		
وآثارهـــا	٩٠	٨٥
المطلب الثالث : تصور الفقه الاسلامى لدعوى		
عــدم نفــاذ التصرف	٩٥	٩٠
المبحث الثالث : الحــق فى الحبس	٩٩	٩٣
المطلب الأول : تعريف الحق فى الحبس وشروطه	١٠٠	٩٤
المطلب الثانى : آثار الحق فى الحبس	١٠٤	٩٩
المطلب الثالث : انقضاء الحق فى الحبس ...	١٠٨	١٠٤
المطلب الرابع : فكرة الحـــق فى الحبس فى		
الفقــه الاســلامى	١١٢	١٠٨
المبحث الرابع : دعــوى الصــورية	١١٧	١١٢
المطلب الأول : ماهية الصـــورية	١١٨	١١٢ مكرر
المطلب الثانى : آثار الصــورية	١١٩	١١٥
المطلب الثالث : الصورية فى الفقه الاسلامى	١٢١	١١٦
المبحث الخامس : شـــهر الاعسار	١٢٤	١٢٠

رقم الايداع بدار الكتب

٨٣/٢٨٥٣

الترقيم الدولى ٨ ـ ٦٠٠٥ ـ ١٠ ـ ٩٧٧

مطبعـــة دار الصـــفا

١٤ شارع عبد الحميد

ـ جنينة قاميش

السيدة زينب القاهرة


Bibliotheca Alexandrina
0597344